

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
POUVOIRS DE LA FEMME

JUDICIAIREMENT SÉPARÉE DE BIENS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 22 Mars 1912, à 4 h. 1/2

PAR

DÉM. J. CONSTANTINESCO

Président : M. A. WAHL, professeur.

Suffragants : { M. CAPITANT, professeur.
M. CARPENTIER, agrégé.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES

POUVOIRS DE LA FEMME

JUDICIAIREMENT SÉPARÉE DE BIENS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 22 Mars 1912, à 4 h. 1/2

PAR

DÉM. J. CONSTANTINESCO

Président : M. A. WAHL, professeur.

Suffragants : { M. CAPITANT, professeur.
 { M. CARPENTIER, agrégé.



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1912

A mes chers Parents,

A mon Frère aimé.

INTRODUCTION

La femme mariée est frappée, sous l'empire du droit moderne, d'une incapacité générale qui consiste en ce qu'elle doit obtenir l'autorisation de son mari ou tout au moins de la justice, soit pour soutenir un procès, soit pour faire la plupart des actes juridiques qui intéressent son patrimoine. Esquissons rapidement la physionomie générale de cette incapacité.

Les travaux préparatoires sont très sobres de renseignements en ce qui touche l'origine et le fondement de l'institution. Un point certain, cependant, c'est que l'incapacité où se trouve actuellement la femme mariée de procéder seule à l'exercice de ses droits, était inconnue à Rome. Sans doute, la femme pouvait être mariée avec *manus* et elle était alors vis-à-vis de son mari dans un état absolu de subordination et de dépendance ; mais la *manus* ne touchait pas véritablement à la capacité de la femme pour l'exercice de ses droits, car ces droits eux-mêmes disparaissaient par l'effet du *manus* ; la personnalité de la femme s'absorbait, pour ainsi

dire, dans celle du mari. D'ailleurs, le mariage pouvait exister sans *manus* et dans cette situation la femme mariée conservait non seulement la jouissance, mais encore le libre exercice de ses droits civils.

En droit romain existait, il est vrai, pour les femmes une disposition restrictive: le sénatus-consulte Velléen, qui leur défendait l'*intercessio*, c'est-à-dire l'engagement de leur personne ou de leurs biens pour la dette d'autrui. Seulement cette incapacité spéciale n'était pas restreinte aux femmes mariées, elle pesait sur toute femme à raison de son sexe, quoiqu'il soit possible qu'elle ait été plus particulièrement établie en vue de la femme mariée.

Enfin les Romains, soit qu'ils aient envisagé la femme comme réellement inférieure au point de vue intellectuel et moral, soit qu'ils n'aient eu d'autres raisons que l'intérêt politique et les nécessités de leur organisation sociale, ont soumis *toutes* les femmes à une tutelle perpétuelle. Filles de famille, elles dépendent du *paterfamilias*; mariées, de leur époux; veuves et *sui juris*, elles dépendent encore de leurs agnats tuteurs.

Ce que nous ne trouvons pas en droit romain c'est donc une incapacité générale tenant à la seule qualité de femme mariée.

Dans le droit moderne, des idées toutes contraires ont prévalu : la femme est incapable d'une façon générale, à raison de son sexe. Dès le XVII^e siècle, le sénatus-consulte Velléien avait disparu et l'article 1431 du code civil, en supposant la femme caution de son mari, a implicitement, mais très énergiquement consacré son abrogation.

Ce qui est le propre du législateur moderne, comparé au droit romain, c'est l'incapacité de la femme en tant que femme mariée. C'est sous l'influence du droit germanique, ou plutôt comme reste des coutumes germaniques, que cette incapacité a pénétré en France.

Dans le droit germanique, pour des causes diversement expliquées, la femme quelle que fût sa condition, était incapable et placée sous l'autorité — *mundium* — de quelque autre personne, père, mari ou proche parent. Dans les coutumes françaises, issues du droit germanique, la femme n'est plus soumise au *mundium*, ni de son père, ni de ses proches parents ; mais le *mundium* du mari a persisté et s'est transformé en puissance maritale ; il s'est donc maintenu sous le couvert de cette idée que la femme mariée, placée sous l'autorité et la dépendance du mari, était tenue d'obtenir son autorisation pour accomplir valablement les actes de la vie civile.

Il n'est pas douteux que le code civil ait pris, comme point de départ de l'incapacité de la femme mariée, cette même idée ; Pothier, dans le numéro 3 de son *Traité de la puissance maritale*, s'y attache lui-même très fortement, et ici, comme en beaucoup d'autres matières, les rédacteurs du code ont suivi l'autorité de ce jurisconsulte. Mais il faut ajouter qu'ils se sont laissés influencer, sans nous en montrer clairement la raison, par d'autres idées qui sont venues se joindre à la première. D'où la conséquence que l'incapacité de la femme mariée n'est plus aujourd'hui tout à fait la même que dans l'ancien droit, où une idée simple et unique en était le fondement. C'est ainsi que, dans l'ancien droit, on admettait que le mari, même mineur, pouvait autoriser sa femme (Pothier, n^{os} 29 et suiv., *Traité de la puissance maritale*). Aujourd'hui il en est autrement ; l'article 224 du code civil est formel. Donc le législateur moderne ne se réfère pas exclusivement à l'idée de subordination de la femme. Par conséquent, il est exact de dire qu'une idée nouvelle s'est fait jour et que l'incapacité s'explique à quelques égards par une pensée de protection. Et c'est pour cela que l'article 224 décide qu'en cas de minorité du mari, c'est la justice qui devra donner à la femme l'autorisation qui lui est nécessaire. L'article 225 est conçu dans le même ordre d'idées ! « La nullité fondée sur le défaut

d'autorisation, ne peut être invoquée que par la femme, par le mari ou par ses héritiers ». En décidant que l'acte fait sans autorisation est affecté d'une nullité simplement relative, il nous montre bien que la nécessité de l'autorisation a, au moins en partie, pour point de départ, une pensée de protection ; c'est un principe, en effet, que la nullité est relative ou absolue, suivant qu'elle a lieu dans un but de protection ou par suite de considération d'ordre public.

D'après Pothier, la nullité résultant du défaut d'autorisation était radicale et pouvait être opposée même par les tiers contractants (n^{os} 5, 74, 76, *ibid.*) ; c'était une conséquence naturelle de ce que la nullité était fondée sur le respect dû à l'autorité du mari, qui est d'ordre public.

Cependant, même dans l'ancien droit, quelques auteurs résistaient à cette solution (voy. notamment Valin, art. 28 de la coutume de La Rochelle), sous prétexte que la nullité dont il est ici question, n'avait pas été introduite dans l'intérêt de la femme elle-même. Il y avait donc, déjà, à cette époque, une altération de l'idée première. Ce qui est indéniable en tout cas, c'est qu'une pensée de protection se dégage de l'ensemble des dispositions de la loi moderne. Mais on est assez embarrassé d'expliquer pourquoi cette protection et à qui elle s'adresse. Ce n'est pas tout. Cette idée de protection ne peut, à elle seule,

rendre compte de toutes les dispositions de la loi sur la matière.

En effet, si l'on a eu la pensée de protéger la femme, par exemple, à raison de son inexpérience, il semble qu'il faille logiquement exiger, non pas l'autorisation du mari, mais celle de la justice, toutes les fois qu'elle contractera avec son mari ou accomplira un acte dans l'intérêt de ce dernier. Dans le système du code, il n'est pas ainsi; l'autorisation du mari suffit même s'il est partie dans l'acte passé par la femme. C'est là l'unique condition requise pour la validité de l'acte ou du cautionnement dans l'hypothèse prévue (1431, c. civ.). Ceci montre bien que l'idée de la protection est impuissante à expliquer complètement la loi. Ici se retrouve l'idée primitive de la subordination de la femme. Une difficulté d'une autre nature, consiste à savoir pourquoi, étant donnée cette pensée de protection qui apparaît tout au moins comme l'une des causes de l'autorisation matrimoniale, la femme mariée a seule besoin d'être autorisée, à la différence de la femme fille ou veuve qui reste pleinement capable. Il y a là évidemment un ensemble qui n'est pas très harmonieux. Voici cependant comment on peut concevoir et expliquer le système de la loi.

La femme, aujourd'hui comme dans l'ancien droit, est sous l'autorité du mari, mais pourquoi ? La rai-

son c'est que, dans la société, il est indispensable qu'il y ait unité de direction. Cette direction on l'a confiée au mari et ce résultat est conforme tout à la fois à la tradition, aux exigences de nos mœurs et aussi à une présomption d'une grande aptitude chez le mari à l'administration des affaires. Mais en cela le législateur n'a pas eu précisément en vue la protection personnelle de la femme, mais celle des intérêts généraux de la famille, et voici le côté par lequel l'idée de protection se concilie avec l'idée de subordination.

Donc, quoi qu'il en soit, il paraît certain que la nécessité de l'autorisation maritale repose, dans le droit moderne, sur un double fondement : autorité du mari, protection de la femme.

Ainsi s'expliquent à merveille les règles formulées dans les articles 224 et 225 du code civil : les tiers ne peuvent opposer le défaut d'autorisation, parce que l'idée de protection, que le législateur cherche à réaliser en établissant la nullité pour cette cause, leur est étrangère ; au contraire, la femme étant comprise dans la famille et ses intérêts propres se rattachant à ceux de la femme en général, rien de plus naturel qu'elle puisse s'en prévaloir. Ainsi s'explique encore que le mari autorise efficacement sa femme même dans les affaires qui le concernent, puisqu'on le suppose dominé par le soin des intérêts

collectifs de la famille. Reconnaissons cependant qu'à ce deuxième point de vue, l'explication n'est pas absolument satisfaisante et qu'il y a danger à abandonner la femme à elle-même et à l'influence de son mari, précisément dans les hypothèses où elle a le plus besoin d'être protégée.

Quant à l'étendue de l'incapacité de la femme mariée, elle est déterminée par deux textes principaux (art. 215 et 217, c. civ.). L'article 215, complété par l'article 216, s'occupe de l'autorisation nécessaire à la femme pour soutenir un procès ; l'article 217 s'occupe de celle requise en matière d'actes extra-judiciaires. L'idée générale commune aux deux hypothèses, c'est que la femme mariée est incapable de faire sans autorisation tous les actes pouvant intéresser son patrimoine. Donc l'incapacité est la règle, mais cette règle comporte quelques exceptions :

1° La femme est affranchie de la nécessité d'autorisation à l'égard des actes qui constituent pour elle l'exercice d'un droit de famille ; par exemple, elle peut librement reconnaître un enfant naturel né avant le mariage, exercer les droits de la puissance paternelle, que la loi accorde à la mère et par suite consentir au mariage de ses enfants, non seulement d'un premier lit, mais même de ceux qu'elle aurait eus du mari sous la puissance duquel elle se trouve ; de même encore elle peut donner le consentement

dont il est question, à propos de l'adoption, dans le 2^e al. de l'article 344. Tous ces actes sont essentiellement personnels et répugnent invinciblement à l'idée même de contrôle et d'autorisation.

2^e Même dans le domaine des actes concernant le patrimoine, il en est quelques-uns pour lesquels la femme conserve son entière indépendance ; les articles 225 et 905, 2^e al. du code civil portent en effet qu'elle peut tester sans l'autorisation de son mari ; la raison de cette exception est double : *a*) le testament est aussi un acte de volonté intime et toute personnelle ; *b*) le testament ne produira d'effet qu'à l'époque où la puissance maritale, qui motive l'autorisation, aura cessé (voir Pothier, *ibid.*, n^o 43). La femme est encore maîtresse de son testament en cet autre sens qu'elle peut le révoquer librement (art. 1096, 2^e al., c. civ.).

Dans un autre ordre d'idées, aucune autorisation n'est requise de la femme pour l'accomplissement des actes ou des formalités purement conservatoires de ses droits, elle peut y procéder seule, même sous les régimes dans lesquels le mari a l'administration de ses biens (voy. notamment art. 940 et 2121, c. civ.).

Ajoutons enfin que la nécessité de l'autorisation cesse encore lorsque la femme est dans le cas d'être obligée légalement (art. 1370, c. civ.) ; ou quand elle

a commis un délit ou un quasi-délit. Elle est tenue des conséquences du délit et du quasi-délit comme toute autre personne. En matière de quasi-contrat, la situation est complexe; la question de savoir si la femme n'est obligée, dans cette hypothèse, qu'à la condition d'avoir été préalablement autorisée, se résout, dans l'opinion générale, par une distinction : la femme n'est pas obligée si elle a joué un rôle actif dans le quasi-contrat, si, par exemple, elle a géré spontanément les affaires d'autrui ; elle est obligée dans l'hypothèse inverse, celle où un tiers aurait utilement géré ses biens.

Toutes les exceptions au principe de l'incapacité de la femme mariée, que nous avons relevées jusqu'ici, se réfèrent à des actes qui sont en dehors de l'énumération comprise dans les articles 215 et 217 ; ces actes, en outre, sont des actes isolés, spéciaux.

Nous arrivons maintenant à une exception d'une autre nature, plus large, plus compréhensible et qui consiste en ce que la femme peut accomplir librement même les actes énumérés ou implicitement compris dans les articles ci-dessus, quand elle les accomplit dans la mesure et pour les besoins de l'administration de ses biens, dont nous la supposons investie.

C'est cette exception qui doit faire l'objet de notre étude.

La femme peut avoir l'administration de ses biens soit en vertu des termes de son contrat de mariage, soit par suite des modifications apportées après coup au régime primitivement adopté et qui enlevait, au contraire, à la femme cette administration ; nous faisons allusion, ici, au jugement de séparation de biens.

C'est à propos du régime de communauté que la loi s'est spécialement occupée de la séparation de biens judiciaire, qui est présentée comme moyen de dissolution de la communauté. C'est, en effet, dans l'article 1449, et dans l'article 1441, 4^e et 5^e al. combinés, que se trouvent résumés les effets de cette séparation, notamment en ce qui concerne la capacité de la femme. Ce n'est pas à dire, cependant, que le régime de communauté comporte seul la séparation de biens. Dans la section IX, § 1^{er}, où elle traite le régime sans communauté, la loi prévoit d'une façon tout à fait incidente, il est vrai, l'hypothèse d'une séparation de biens judiciaire (art. 1531 *in fine*) ; mais elle n'en consacre pas moins formellement, par là même, la possibilité pour la femme d'obtenir, sous ce régime, le bénéfice de la mesure destinée à sauvegarder ses intérêts en péril. La loi ne prend même pas la peine de renvoyer aux textes où se trouve le siège de la matière, tant il est évident que les règles qui gouvernent, soit au fond,

soit en la forme, la séparation de biens prononcée entre époux communs, doivent, ici encore, recevoir leur application.

En ce qui touche la séparation de biens qui interviendra au cours du régime dotal, la loi est extrêmement laconique : « Si la dot est en péril, porte l'article 1563, la femme peut poursuivre la séparation, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants ». C'est le texte unique sur ce sujet. Donc renvoi pur et simple aux règles de la séparation développées à propos du régime de communauté. Nous aurons plus d'une fois à regretter cette extrême concision de la loi. L'inaliénabilité propre au régime dotal donne, en effet, aux différentes questions que soulève la séparation de biens, une physionomie toute spéciale et les complique d'une façon notable.

Nous devons donc, ici, suppléer au silence du législateur et consacrer à la capacité de la femme séparée des développements à part.

Et comme la séparation de biens ne produit aucun effet sur les dispositions de la loi du 13 juillet 1907, relative aux pouvoirs de la femme sur les biens résultant des revenus de son travail, nous nous voyons dispenser d'examiner cette loi, qui reste par conséquent en dehors de notre sujet.

De ce qui précède, il résulte qu'une distinction fondamentale est à établir entre les effets de la sé-

paration de biens, suivant qu'elle intervient au cours du régime de communauté ou au cours du régime dotal. Donc, division de notre sujet en deux parties :

a) De l'influence de la séparation sur la capacité de la femme, quand cette séparation intervient sous le régime de communauté;

b) Etude de la même question, mais en supposant la séparation de biens sous le régime dotal. Et comme la séparation de biens judiciaire du code civil a ses racines dans le droit romain, nous commencerons notre sujet, en étudiant sommairement la question de la restitution de la dot au cours du mariage en droit romain.

PREMIERE PARTIE

I. — Droit romain

DE LA RESTITUTION DE LA DOT AU COURS DU MARIAGE

La condition de la femme mariée a, comme l'ensemble de la législation romaine, parcouru des phases diverses. Réglée tout d'abord selon les principes exclusifs du droit quiritaire, en conformité avec une organisation de société primitive et spéciale, elle fut modifiée suivant les progrès que le temps, la civilisation et surtout la fusion avec les autres peuples amenèrent dans les mœurs et dans les idées romaines.

Au début, la femme a été dans une perpétuelle sujétion ; célibataire, elle était sous la puissance du *paterfamilias* et n'en sortait que pour tomber sous la tutelle de ses agnats ; mariée, elle prenait rang dans la hiérarchie d'une nouvelle famille sous la *manus* de son mari ou même sous la puissance du *paterfamilias* de celui-ci, lorsqu'il n'était pas lui-même *sui juris*.

La loi refuse à la femme toute confiance et remet toujours à des mains étrangères le sort de sa fortune.

Spécialement à l'époque de son mariage et par une conséquence de la *conventio in manum* ses biens devenaient la propriété du mari sans espoir de retour. Cette rigueur de la loi était, en cas de prédécès de ce dernier, corrigée en partie par l'effet du *legatum dotis* qui, peu à peu, était passé dans les mœurs ; d'ailleurs la femme *in manu* considéré *loco filiae* était, à défaut de disposition testamentaire, admise à concourir avec les enfants issus du mariage en qualité de *sua haeres*.

Le mariage sans *manus*, il est vrai, respectait les liens qui unissaient la femme à sa famille naturelle : mais, dans cette hypothèse, elle continuait d'acquérir pour son *paterfamilias* tout en étant soumise, quant à sa personne, à la juridiction domestique de son mari.

Etait-elle *sui juris*, elle demeurait sous la tutelle de ses agnats.

Sous cette forme, comme aussi dans le cas où, lors de la *conventio in manum*, la femme était encore sous la puissance du *paterfamilias*, le mariage n'entraînait pour le mari aucune acquisition légale ; toutefois, d'après un usage qui paraît remonter à l'origine de Rome (1), il était accompagné de libéralités

(1) Cuq, *Les institutions juridiques des Romains, l'ancien droit*, p. 229. En ce sens, Maynz, 4^e éd., t. III, p. 21.

faites au mari par le père de la femme ou par la femme elle-même, dans le but de subvenir aux charges du mariage, et, à ce titre, la propriété en était attribuée au mari.

Telle est l'origine de la dot et elle nous apparaît, dans sa notion primitive, comme « une imitation volontaire et partielle des conséquences régulières et forcées du mariage avec *manus* (1), avec son caractère de perpétuité selon la maxime connue : « *dotis causa perpetua est* » (2). Ainsi nous constatons que, dès les temps les plus reculés de Rome, l'usage de la dot se fixa et M. Cuq ne craint pas d'affirmer que l'existence d'une dot est, aux yeux des Romains, tellement inséparable de la formation du mariage qu'elle sert à le distinguer du concubinat (3) ».

Nous constatons en même temps que, durant la période primitive du droit, par une conséquence logique de l'état général des lois et des mœurs et en raison de la rareté des divorces, la restitution de la dot est une question qui ne se pose à aucun moment.

Mais ce régime dotal primitif, comme le fait remar-

(1) F. Girard, *Manuel élémentaire du droit romain*, 2^e éd., 1892, p. 161.

(2) *De jure dotium.*, XXIII, 3.

(3) Cuq, *op. cit.*, *ibidem*.

quer M. Gide (1), présentait une grave lacune : « c'est l'absence de toute garantie contre les abus de pouvoir du mari. Le mari, maître absolu de la dot, pouvait la détourner de sa destination dans des vues égoïstes et coupables et en dépouiller à jamais sa femme et ses enfants. Ce n'était là qu'une conséquence naturelle de l'autorité domestique telle qu'on la concevait alors. Comment lui eût-on interdit de dépouiller ses enfants ou sa femme puisqu'on lui permettait de les punir de mort ? Le pouvoir du *paterfamilias* était le plus ancien et par conséquent le plus sacré, le plus absolu des pouvoirs. Le mauvais époux ou le mauvais père n'était justiciable d'aucun autre tribunal que celui de l'opinion publique et cette responsabilité n'était point illusoire, car les mœurs à cette époque étaient assez sévères pour tenir lieu des lois et un chef de famille qui eût abusé de sa puissance n'eût point échappé à la note infamante du censeur. »

Il fallut qu'une transformation s'opérât dans les mœurs pour qu'on songeât à créer l'action *rei uxoriae* : elle fut l'œuvre du préteur, vers le milieu du VI^e siècle, à une époque où il était devenu urgent de prendre toutes les mesures capables de faire obstacle aux divorces et de consolider les mariages

(1) Gide, *De la dot en droit romain*, à la suite de *l'Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd., p. 810.

au risque de porter atteinte à l'autorité sacrée du chef de famille : ce n'étaient pas seulement mesures d'équité, l'intérêt de l'Etat était en jeu et nous voyons que la dot, considérée par les jurisconsultes comme lien d'intérêts entre les époux à défaut de lien moral, était devenue une sorte « d'institution d'ordre publique » (1).

Ainsi l'obligation de doter se fortifiait encore, s'il est possible, en même temps que se donnait carrière, en faveur de la restitution, l'œuvre du prêteur. Mais dans ce cas, comme en beaucoup d'autres, il n'aguère fait que généraliser des pratiques courantes en s'abritant derrière de savantes fictions. Il est probable que la restitution conventionnelle stipulée du mari en cas de répudiation, précéda la restitution légale et ce fut, sans doute, sous la fiction de cette stipulation sous-entendue, qu'à l'origine l'action *rei uxoriae* fut accordée à la femme en cas de divorce et de même à la veuve sous la fiction du *legatum dotis* présumé. Et, à cet égard, Gide (2) est d'avis qu'aucune distinction ne doit être faite entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus*. Au surplus la *manus* tomba peu à peu en désuétude et l'on peut dire qu'à l'époque classique elle n'était plus guère qu'un souvenir.

(1) Gide, *op. cit.*, p. 512.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 515.

A cette époque, la situation de la femme s'était bien modifiée ; en même temps que la *manus* avait disparu, l'incapacité des femmes avait reçu une rude atteinte par la suppression de la tutelle des agnats (1), et la tutelle des femmes, déjà entamée au temps d'Auguste devait disparaître complètement sous Théodose.

L'on vit alors se dessiner comme deux courants contraires : la femme, émancipée pour ainsi dire de la dépendance très étroite dans laquelle l'avait tenue le régime de famille, ne conquit une personnalité juridique que pour retomber, en quelque sorte, sous la tutelle de l'Etat, qui redoutait de lui voir prendre un rôle trop important dans la vie sociale.

C'est à cette époque qu'il convient de rattacher sans doute une incapacité nouvelle. Elle résulte du sénatus-consulte Velléien qui interdit aux femmes d'intercéder pour autrui.

Ce sénatus-consulte fait partie, croit-on, de cette série de mesures législatives (lois somptuaires, loi Voconia, lois Papiennes), destinées à apporter un obstacle au débordement des mœurs et aussi à la puissance sociale que les femmes avaient conquise à la faveur de ce relâchement, par l'accroissement simultané de leur fortune et de leur ascendant (2).

(1) Loi Claudia.

(2) Mommsen et Marquardt, *Antiquités romaines*, trad. Gustave Humbert, *Vie privée des Romains*, t, 1^{er}, p. 77.

Ajoutons que, sous Adrien, la femme avait obtenu la faculté de tester et que les droits de succession réciproques de la mère aux enfants avaient été, à cette époque, officiellement proclamés (1), ce qui, au point de vue légal, relevait singulièrement la dignité de la mère dans la famille.

Les rapports pécuniaires des époux ont ressenti le contre-coup de la législation nouvelle. La femme continue d'apporter une dot en se mariant, et, de plus en plus, c'est une obligation qui tend à être sanctionnée par la loi (2). Elle a aussi des paraphernaux dont l'importance croît chaque jour et dont elle est, plus souvent maîtresse absolue (3). La femme abandonnait souvent à son mari l'administration de ses paraphernaux (4) quand elle ne lui en transférait pas la propriété, à charge de les restituer avec les fruits.

Quoi qu'il en soit de cette fusion d'intérêts et par l'exercice normal du pouvoir tutélaire que, dans son intérêt propre, l'Etat s'était arrogé vis-à-vis de la femme, les mesures préventives se sont multipliées en faveur de la conservation de la dot. Et nous con-

(1) Sénatus-consulte Tertullien et Sénatus-consulte Orphitien.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, t. I^{er} (4^e éd.) p. 817 ; Maynz, *Droit romain*, t. III (4^e éd.) p. 21.

(3) Maynz, *op cit.*, t. III, p. 55.

(4) Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 53 ; Esmein, *Mélanges d'histoire des droits et critiques*, p. 39.

statons qu'au temps même d'Auguste, la loi Julia avait interdit au mari d'aliéner, sans le consentement de sa femme, les immeubles italiques donnés en dot, et de les hypothéquer même avec ce consentement. En même temps que cette disposition affirme le rôle actif donné à la femme dans les affaires pécuniaires du ménage, elle paraît accentuer l'évolution de la dot qui a perdu, dès lors, son caractère primitif ; non seulement le mari est obligé de la remettre à la dissolution du mariage, mais encore il n'a pas le droit d'en disposer à son gré pendant le mariage même ; elle n'est plus, à vrai dire, qu'une sorte de dépôt entre ses mains, dépôt obligatoire, il est vrai, pour la femme, et qui implique, de la part de celle-ci, un dessaisissement nécessaire lors du mariage. Encore est-il certain que, de plus en plus, le développement de cette idée, qu'elle est dans les biens du mari pour une destination temporaire, qu'elle doit, en définitive revenir à la femme, la dot comporte de plus en plus dans le patrimoine de celle-ci (1).

*
* *

Dans cet état de choses, il n'y avait plus, semble-t-il, qu'une étape bien courte à franchir pour arriver à une mesure préventive plus efficace encore contre

(1) Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 34, n° 45 et p. 36, n° 52.

les abus de pouvoir du mari : la restitution pendant le mariage même.

A la fin de l'époque classique, on connut à coup sûr cette nouveauté : la femme fut admise à réclamer sa dot, au cours du mariage, dans le cas où l'insolvabilité du mari mettait cette dot en péril. Différents textes du *Digeste* attribués à Ulpien en font foi (1). La loi 24 *Soluto matrimonio*, XXIV, 3, est ainsi formulée : « *Si, constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus ? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* » Ces textes ont probablement subi des interpolations (2), il est néanmoins légitime d'en conclure que l'*exactio dotis* était admise, au temps de ce jurisconsulte, au moins en principe, sinon avec tous les effets que lui attribue Justinien (3).

Cette action en restitution fut sans doute introduite par le préteur sous la forme d'une action fictive supposant le divorce prononcé. Un texte du Code

(1) L. 24, XXIV, 3 ; l. 22, 8, XXIV, 3 ; l. 10, 1, XXXVIII, 5. Ces deux derniers textes traitent de garanties quelque peu différentes de celle qui nous occupe, mais s'inspirent de préoccupations du même ordre.

(2) Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 35.

(3) Lenel, *Paligenesia juris civilis, Ulpiani ad Edictum*, t. II p. 644, n° 957.

se charge de nous rappeler cette origine : « *Cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere ; jam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit ficti divortii falsa dissimulatione in hujusmodi causa quam nostra lex amplexa est stirpitus eruenda.* »

Quelles furent au juste, au temps d'Ulpien, les pouvoirs de la femme *sui juris* ainsi nantie de ses biens dotaux au cours du mariage ? Cela est assez difficile à déterminer, car le texte qui admet la restitution ne se prononce pas sur ses effets.

En nous référant à ce qui a été dit sur l'étendue de la capacité de la femme à cette époque, nous sommes en droit de supposer qu'elle eût sur sa fortune les pouvoirs de gestion les plus étendus ; mais tout un côté de la question nous échappe, je veux dire la mesure dans laquelle la dot continua, entre les mains de la femme, d'aider à subvenir aux charges du ménage et les moyens légaux qui assurèrent ce résultat.

Justinien s'explique d'une façon très complète sur la situation de la femme en pareille hypothèse.

Constatons tout d'abord que le mouvement des réformes relatives à la capacité de la femme et aux rapports des époux dans le mariage n'est point demeuré stationnaire d'Ulpien à Justinien.

Sous Justinien, il n'est plus question de la tutelle des femmes, la conception de la famille antique est un souvenir, les droits de l'individu se sont affirmés, et, en matière successorale, les liens du sang marquent seuls, désormais, les degrés de la hiérarchie. La capacité de la femme n'est plus restreinte que par la puissance du père.

Quant à la femme mariée, ses droits subissent d'importantes modifications. La distinction entre les biens dotaux et les paraphernaux s'accroît de plus en plus, ces derniers croissent en importance, et le pouvoir de les gérer et d'en disposer avec une complète indépendance est reconnu à la femme dans les termes les plus explicites (1).

Justinien maintient le principe de l'obligation de la dot, mais il augmente les protections accordées à la femme contre les abus de pouvoir du mari, en étendant à tous les immeubles le principe de l'inaliénabilité dotale ; il la prémunit contre ses propres entraînements, en déclarant nulle même l'aliénation faite avec son consentement et en transformant l'ancienne incapacité du Velléien en une prohibition spéciale de s'obliger pour son mari.

Quant à la restitution de la dot, elle est l'objet de sa part, peut-on dire, d'une sollicitude toute particu-

(1) L. 8, C. V, 14. Const. des empereurs Théodose et Valentinien.

lière. Non seulement il transforme les anciennes actions *rei uxoriae* et *ex stipulatu* en une action, souvent appelée action « *de dote* (1) », qui appartient à la femme et à ses héritiers, bien qu'aucune stipulation n'ait été faite en faveur de ces derniers, mais encore, par une série de constitutions célèbres, il accorde à la femme, pour en garantir l'efficacité, une hypothèque déclarée plus tard « privilégiée ».

L'action en restitution est accordée à la femme au cours du mariage dans le cas où l'insolvabilité imminente du mari met la dot en péril : « *Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus* » (2). « *Cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere* » (3). « *Quia enim dedimus mulieribus electionem etiam constante matrimonio si male res maritus gubernet et accipere eas et gubernare* » (4). Ainsi s'expriment les textes.

Reprenant la dot en même temps que les biens de la *donatio ante nuptias* (5), la femme *sui juris* va-t-elle les gérer à son gré et en disposer librement, comme de ses paraphernaux ? La loi 29 du Code *De*

(1) L. 22, 12, XXIV ; 3 et 36, XV, 1. Constitution du 1^{er} novembre, 530.

(2) L. 229, C. *De jure dotium*, V, 12.

(3) L. 30, *in fine*, *ibid.*

(4) Nouvelle 97, cap. 6, pr.

(5) L. 29, Code *De jure dotium*, *ibid.*

jure dotium nous donne la solution. Les biens dotaux, en changeant de mains, ne changent point de destination et les revenus en demeurent affectés expressément aux *onera matrimonii*. Inaliénables entre les mains du mari, ils demeurent tels entre les mains de la femme. L'administration est passée du mari à la femme, et c'est tout.

La persistance de l'inaliénabilité sera la garantie de la contribution de la femme aux charges du ménage. Justinien n'admet pas les antiques *restitutiones*, « *sileat ob liberos retentio cum ipsa naturalis stimulus parentibus ad liberorum suorum educationem hortetur* » (1).

Mais on peut se demander si l'inaliénabilité n'est pas aggravée vis-à-vis de la femme ?

Tout d'abord, l'inaliénabilité va-t-elle s'étendre aux meubles ?

La loi 29, générale dans ses termes, semble bien frapper d'inaliénabilité tous les biens qui sont remis à la femme. « *Ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, et matrimonio inter eos constituto; sed fructibus eorum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque si quos habet abutatur.* »

Maynz (2) croit qu'il ne faut faire aucune distinc-

(1) L. 5, C. *De jure dotium*, V, 13.

(2) Cours de droit romain, *op. cit.*, t. III, § 311, texte et note 5.

tion entre les meubles et les immeubles. Nous croyons, quant à nous, que le texte manque de précision. On peut observer, toutefois, que l'administration serait bien difficile pour la femme dans le système de Maynz, et la confiance que Justinien lui témoigne par ailleurs, n'autorise pas à présumer une telle sévérité.

En tout cas, nous ne croyons pas possible d'admettre que les paraphernaux aient été atteints par cette prohibition d'aliéner.

*
* *

Cet ensemble de dispositions constitue, dans la législation romaine du Bas Empire, une théorie parfaitement cohérente et ordonnée ; elle suppose, de la part du législateur, une certaine hardiesse, car elle porte à la puissance du mari une atteinte assez sérieuse.

Nous avons vu dans le cours de cette étude, en suivant l'évolution de la dot, qu'elle avait été, presque de tout temps, obligatoire pour les parents de la femme ou la femme elle-même et qu'elle, était dans le dernier état du droit, non pas seulement une obligation munie d'une sanction, mais encore une sorte « d'institution d'ordre public ».

La femme, en se mariant, devait donc se dessaisir d'une partie de sa fortune et la remettre au mari, ce

qui impliquait une abdication en faveur de la puissance du chef de famille.

Nous avons constaté encore que les mœurs avaient établi entre les époux une communauté d'intérêts qui, tout en associant la femme à la gestion du patrimoine, comportait le plus souvent en fait l'abandon de toute sa fortune entre les mains du mari.

Le législateur romain n'hésite pas à rompre brusquement tous ces liens lorsqu'il se trouve en face d'un mari incapable ou désordonné. La puissance maritale en sera amoindrie, n'importe. Puisque le mari n'est pas apte à l'administration du patrimoine commun, la femme en reprendra sa part et elle administrera dans une complète indépendance vis-à-vis de son mari ; et cela est son intérêt comme celui des enfants. Le remède est adéquat au mal. L'inaliénabilité dotale, il est vrai, pèse sur la femme en dépit de la confiance que ses sentiments de mère inspirent au législateur quant à une équitable répartition de ses revenus.

Justinien protège la femme qu'il juge faible et peu apte aux affaires. Mais la logique romaine n'a pas fléchi devant tous ces obstacles réunis.

II. — Ancien droit français.

Avant de nous renfermer dans le cadre de notre sujet en droit civil, nous exposerons rapidement ce

que devient, dans l'ancien droit français, la condition de la femme mariée. Dans les régimes différents auxquels elle fut soumise, suivant la grande division du territoire, nous verrons la séparation de biens s'introduire tout naturellement et par la seule application des lois romaines dans les pays de droit écrit, tandis que, dans les pays de coutumes, on ne l'admettra que peu à peu, quand s'imposera la nécessité de contrebalancer les pouvoirs excessifs que donnait au mari le régime de communauté, régime obligatoire dans le principe.

Dans le pays de droit écrit le régime dotal, qui n'avait été tout d'abord que le régime de la loi Julia, ne tarde pas à s'y fortifier de tous les privilèges de Justinien. Il serait trop long de les rappeler ici, ils sont d'ailleurs assez connus pour que nous n'y insistions pas.

Quant aux donations *ante nuptias*, nous les trouvons également en honneur dans la Gaule méridionale. Avec elle s'introduisit la donation *propter nuptias* de Justinien, et l'on constate qu'elle fut en usage dans certains districts. Nous n'en voulons pour preuve que ce fragment des statuts de Montpellier : *Dotes aut hereditates, aut propter nuptias donationes vel sponsalitia largitates, aquis partibus ambulent.* (V. M. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*).

Mais elle tomba bientôt en désuétude et on la vit se transformer et se fondre dans une autre combinaison connue sous le nom d'augment de dot, *augmentum dotis*, *incrementum dotis*, institution importante et bien digne de fixer un instant nos regards.

L'augment de dot était un gain de survie accordé à la femme sur les biens du mari à la dissolution du mariage : en d'autres termes, c'était un droit attribué à la femme survivante de prendre dans les biens du mari une certaine part, qui s'ajoutait à sa dot, qui l'augmentait et que, pour cette raison, on appelait augment.

C'était là un gain de survie. Toutefois, dans le cas de séparation de biens on permettait à l'épouse, en retirant sa dot, de prendre en même temps son augment.

A côté de l'augment, il existait, dans certaines provinces, un gain de nocces et de survie qui était accordé à l'épouse pour *bagues* et *joyaux* et qui consistait en une somme ou estimation de ces objets, réglée par le contrat de mariage ou par la coutume, que la femme survivante prenait avec les objets en nature qu'elle avait apportés.

Enfin certains parlements accordaient à l'épouse pauvre un droit de succession sur les biens du conjoint prédécédé ; il était du quart en propriété et du

quart en usufruit, quand il y avait des enfants issus du mariage.

Venons maintenant au système des pays coutumiers.

Là l'invasion avait laissé des traces plus profondes. Nous voyons l'élément germanique absorber l'élément romain. Plus rien en effet, qui rappelle la législation de Rome. Là-bas le lien qui unit les membres d'une même famille, c'est la puissance, c'est l'autorité. Le dépositaire de l'autorité, c'est le chef de famille, le *paterfamilias*. Sa puissance est absolue, sans contrôle. Il est à la fois chef, législateur et juge. Droit de vie et de mort sur la personne de sa femme, droit de propriété sur la totalité de ses biens, puissance perpétuelle et sans limites sur ses enfants.

Chez les Romains, nous l'avons vu, la femme devait constituer au mari une dot ; chez les Germains, c'est le mari qui dote sa femme. Il lui donne des bœufs, une jument harnachée et c'est par ces présents qu'il acquiert sur elle la puissance maritale, le *mundium*.

La loi ripuaire va plus loin : elle stipule une dot légitime au profit de la femme pour le cas où le mari n'en constituerait pas. On l'autorise à prélever cinquante sous sur les biens du mari (Guérard, *Polyp-tique d'Irminon*).

Il existe sans doute une grande analogie entre la dot légitime et la première : toutefois, ce serait à tort qu'on voudrait les assimiler l'une à l'autre. Il ne sera pas inutile, en effet, de rappeler ici que, si les héritiers de la femme pouvaient, au cas de prédécès de celle-ci, réclamer la dot conventionnelle, elle seule pouvait prétendre à la dot légitime au cas seulement où elle survivrait au mari.

Là ne se bornait pas les libéralités que le mari devait consentir à sa femme. Il lui assurait encore le *morgengab* ou présent du matin. Constitué le lendemain du mariage, il consistait en bijoux, vêtements et même en immeubles. Plus tard la dot et le morgengab se confondent, une nouvelle combinaison surgit : c'est le douaire.

Cette institution, qui porte souvent le nom de dot, n'est autre chose que le droit, pour la femme, de jouir, en cas de survie, d'une partie des biens qui ont appartenu à son mari.

Trois caractères principaux la distinguent : 1° c'est un gain de survie ; la femme n'y a droit que si elle survit au mari ; 2° ce gain consiste en un simple droit d'usufruit ; 3° le douaire confère à la femme un droit réel sur les biens du mari, et celui-ci verrait le contrat annulé et absolument dénué d'effets, s'il vendait les biens qui lui sont assujettis. Il existe deux sortes de douaires : le douaire conventionnel ou préfixe

qui est constitué par le mari, et le douaire légal établi pour le cas où le mari n'aurait pas constitué de douaire conventionnel.

On ne saurait dire au juste quels biens vise le douaire légal : sur ce point, comme sur tant d'autres, la législation varie avec les nombreuses coutumes. Il résulte, au moins d'un certain nombre d'entre elles, que le douaire s'étend : 1° sur les immeubles dont le mari a la propriété au moment du mariage ; 2° sur les immeubles acquis par lui postérieurement par succession en ligne directe ascendante.

Echappent au douaire : 1° les meubles ; 2° les immeubles acquis par le mari pendant la communauté à l'aide de son travail ; 3° les immeubles qui lui échoient par succession collatérale.

Aux XI^e et XII^e siècles, le douaire n'était acquis à la femme qu'après la consommation du mariage. A partir du XVI^e siècle il fut admis, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, que le douaire appartiendrait à la femme aussitôt après la célébration du mariage.

Un autre apport fait par la femme était connu sous le nom de *maritagium* : c'était ce que les parents donnaient au mari avec leur fille. Il était obligatoire, mais, à la différence du douaire, il n'était soumis ni à un maximum, ni à un minimum.

Nous venons de passer en revue les prérogatives

et les obligations de chaque conjoint. Il convient maintenant de dire un mot des droits qui leur étaient communs.

Dans les pays de droit coutumier le régime dotal disparut entièrement pour faire place à un système d'association conjugale tout à fait inconnu du monde romain, sinon dans son principe, au moins dans son application. C'est le régime de communauté qui établit au profit des époux le droit aux acquêts, c'est-à-dire le droit pour chacun d'eux de prendre une part dans les biens acquis durant le mariage.

Son origine est fort obscure et, dans les opinions diverses qui se sont fait jour jusqu'ici, nous ne trouvons rien qui nous permette de préciser, d'affirmer. Le champ est ouvert aux conjectures, rien de plus.

Mais que comprenait cette communauté ? Elle se composait d'abord des meubles apportés par chaque époux, puis des biens meubles et immeubles acquis par eux pendant le mariage, soit à l'aide de leur travail, soit par des donations ou testaments provenant des personnes autres que leurs ascendants.

Restaient propres aux époux, les biens qui leur advenaient par donation ou testament d'un ascendant, ceux qu'ils recueillaient dans une succession *ab intestat*. Mais les fruits en provenant avaient le caractère d'acquêts.

Le mari avait sur les biens communs les pouvoirs

les plus étendus. Il en était seigneur et maître, et pouvait en disposer à son gré sauf toutefois par testament.

Tant que durait le mariage, il était comme propriétaire de la communauté ; ce n'était qu'à la dissolution que le droit de société de la femme apparaissait : aussi disait-on que le mari vit comme maître et meurt comme associé « *maritus vivit ut dominus, moritur ut socius* ».

Le besoin de protéger les droits de la femme contre des pouvoirs aussi exorbitants se fit bientôt sentir : aussi divers privilèges ne tardèrent-ils pas à être conférés à la femme. C'est ainsi qu'elle put : 1° renoncer à la communauté quand elle était onéreuse ; 2° accepter la communauté sans être tenue de dettes *ultra vires*. Enfin elle eut le droit de demander la séparation de biens.

C'est là une innovation importante, véritable emprunt fait par le droit coutumier aux lois romaines. Ces lois, en vigueur dans les pays de droit écrit, accordaient, en effet, à la femme le droit de répéter sa dot, lorsque l'indigence du mari la mettait en péril pendant le mariage, c'est-à-dire lorsque celui-ci paraissait évidemment n'avoir plus assez de biens pour la garantir et en assurer le recouvrement (loi 25, c. *De jure dotium*).

Toutefois, la séparation de biens ne s'introduisit

que peu à peu dans le droit coutumier. Elle n'existait pas au XIII^e siècle : « Si feme requiert que division soit fete des biens de son mari, du vivant du mari, on ne doit pas obéir à sa requeste ; car li maris, de drois communs, est sire de ses biens et des biens à se feme » (Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, t. II, c. LVII).

Au XIV^e siècle cette nouveauté semble avoir cours dans la pratique.

M. Viollet (1) cite une pièce de la fin du XIV^e siècle qui existe aux *Archives Nationales* où se trouvent réglées les conditions d'une séparation de biens amiable, sanctionnée dans la suite par le Parlement de Paris.

Nous possédons d'autres documents du même genre et de la même époque, mais provenant d'une autre juridiction, la juridiction ecclésiastique. Il n'est pas douteux, en effet, et M. Esmien (2) l'affirme, qu'ayant conquis la juridiction sur les causes matrimoniales proprement dites (XII^e au XVI^e siècle), l'Eglise, par une tendance naturelle, chercha à étendre sa compétence dans un rayon plus large. Elle connut de la séparation de corps ce qui d'ailleurs

(1) Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2^e éd., p. 790, n^o 3.

(2) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 30.

était logique et de la séparation de biens même principale.

A partir du XIV^e siècle on tendit à ramener peu à peu devant les tribunaux séculiers les procès où ne se posait pas la question de validité ou de nullité du mariage, notamment tout ce qui concernait le régime des biens entre époux et, à ce titre les séparations de biens.

Néanmoins, au commencement du XIV^e siècle, les tribunaux ecclésiastiques connaissaient de la séparation de biens principale.

M. Esmein (1) en fournit la preuve empruntée au « *Liber practitus de Consuetudine Remensi* (2), n° XCIV, p. 98 », où est rapportée cette demande portée devant « l'officialité » de Reims « *Peticio uxoris contra maritum vergentem ad inopiam ut habeat repartagium suum et supplica ut decernatur sibi administratio bonorum* ».

Nous constatons que, sous l'empire de la jurisprudence canonique, la femme séparée de biens au cours du mariage recouvrait une pleine indépendance à l'instar de la femme romaine après *l'exactio dotis*.

La maxime *conjuges non ad imperia judicantur* et l'influence du droit romain auquel les canonistes se référaient, devaient conduire à éliminer du droit

(1) Esmein, *ibidem*, n° 1.

(2) Dans Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*.

canonique toute puissance maritale (1). Et, en effet, elle était absolument écartée en ce qui concernait le patrimoine. L'influence de cette jurisprudence canonique dut nécessairement réagir sur le droit coutumier et il paraît très vraisemblable que c'est d'elle qu'est issue la séparation coutumière.

Mais cette séparation de biens ne survécut pas en général au XVI^e siècle. On sait que, vers cette époque, les idées sur l'incapacité de la femme mariée se modifièrent. Il se produisit alors un fait surprenant : la puissance maritale subit le choc des théories romaines et en fut amoindrie et l'incapacité de la femme mariée, sous la même influence, fut en quelque sorte aggravée. Gide (2) attribue ce double résultat à l'influence des jurisconsultes du XVI^e siècle.

Quoiqu'étranger aux idées romaines, le *mundium* marital des anciennes coutumes n'était pas sans affinité avec elles.

Les romanistes d'abord croyaient trop bien à la fragilité et à l'incapacité naturelle du sexe pour ne pas accueillir avec empressement une institution qui plaçait la femme sous la protection et l'autorité d'un tuteur et d'un maître.

Dans les vieux coutumiers du moyen âge, la puissance maritale constituait un droit pour le mari plu-

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 4.

(2) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 404.

tôt qu'une incapacité pour la femme, la femme conservait, en principe, toute sa capacité et ne perdait que son indépendance. Au contraire, les romanistes du XV^e siècle firent de l'épouse une pupille et de l'autorisation maritale une *auctoritas tutoris* donnée suivant leur langage *ad integrandam uxoris personam*. L'assistance du mari devint pour la femme un droit et un bénéfice. Du moment où elle n'était plus établie que dans l'intérêt de la femme, pourquoi aurait-elle désormais conféré au mari la jouissance et la maîtrise de tous les biens du mariage ?

Pourquoi aurait-elle confondu en un seul patrimoine les intérêts des deux époux ? La communauté dut donc cesser d'être une suite nécessaire du pouvoir marital.

La puissance du mari ainsi envisagée durera autant que le mariage lui-même et peu importe que la femme, pendant sa durée, soit appelée à prendre en mains l'administration de sa fortune, il ne convient à aucun moment qu'elle exerce son initiative en dehors du pouvoir tutélaire du mari.

La femme séparée de biens est dès lors assimilée au mineur émancipé ; quoique présidant à l'administration de ses biens, elle demeure, pour tous les actes importants (obligation, aliénation), soumise à l'autorité de son mari.

Nous savons que, peu à peu, à mesure que se trans-

forma la notion de la puissance maritale, la femme séparée vit restreindre ses pouvoirs et en vint finalement à être traitée comme un mineur émancipé, c'est l'expression dont se servent les auteurs pour caractériser sa situation nouvelle. Loysel (1), pour ne citer qu'un exemple, oppose en ces termes la doctrine en cours de son temps au droit primitif. « On « tient aujourd'hui pour maxime ce que l'émancipa-
« tion produit à l'égard des mineurs, qui ne les auto-
« rise que pour la libre administration de leurs reve-
« nus. » Le texte des coutumes réformées consacra l'opinion des auteurs et l'on peut dire que, dès la fin du XVI^e siècle, la jurisprudence tendait à se fixer en ce sens (2).

Cette doctrine et cette jurisprudence s'affirmèrent de plus en plus aux époques qui suivirent.

Les ordonnances royales en firent des applications, ainsi lisons-nous dans l'article 9 de l'ordonnance de 1721 sur les donations : « Les femmes mariées, même celles qui ne sont pas communes en biens ou qui *ont été séparées par sentence ou par arrêt*, ne peuvent accepter aucune donation entre vifs, sans être

(1) Loysel, *Institutions cout.*, I, t. II, XXIV. Dans le même sens : Laurière, *Textes et coutumes de Paris*, sous l'art. 234.

(2) *Recueil de plusieurs arrêts notables*, Brodeau-sur-Louet, lettre F. XXX ; Charrondas, *Pandectes du droit français*, livre II, chap. V, p. 197.

autorisées par leur mari ou par la justice à son refus. »

Enfin Pothier les recueillit, comme on le sait, après Domat (1).

Nous avons dit le principe dont elles s'inspiraient : la puissance du mari dure autant que le mariage, et cela dans l'intérêt même de la femme.

Tout d'abord, la femme séparée conserva le plus souvent la faculté d'ester en justice. Il en fut ainsi dans les pays du ressort du parlement de Paris (2).

Cela est vrai encore de plusieurs autres ; nous citerons, notamment, — sans compter les quelques coutumes où se conserva la primitive tradition d'indépendance et que nous retrouverons plus loin, — la coutume de Touraine (art. 232), celle du gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye (art. 123). Et Pothier (3) dit à ce sujet : « La séparation donne
« à la femme le pouvoir d'administrer ses biens et
« d'en jouir pour son compte particulier, c'est une
« suite de ce pouvoir que la femme puisse former
« les demandes qui concernent cette jouissance et y
« défendre sans le consentement de son mari, qui
« n'y a aucun intérêt. »

(1) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre I, t. XI, 3.

(2) Ferrière, *Corps et compilations de tous les commentaires sur la coutume de Paris*, sur l'art. 224, glose 2, § 1.

(3) Pothier, *Œuvres*, éd. Bugnet, t. VII, *Traité de la puissance maritale*, p. 23, n° 61.

Nous ne savons trop ce qu'il faut le plus admirer, ou de la force de ce raisonnement ou de la vigueur de la tradition première qui a pu influencer Pothier lui-même. Le Brun (1) avait donné une autre raison de cette liberté, tirée des conditions mêmes de son exercice, à savoir que, à la différence de ce qui a lieu lorsqu'elle contracte, la femme est ici « sous l'inspection des juges ».

Citons, à titre de particularité intéressante, un usage admis au XVIII^e siècle, notamment par la coutume de Bourgogne : Faisant (2) rapporte que le tribunal, en prononçant la séparation, accordait le plus souvent à la femme la faculté d'aliéner. Cette faculté, admise par d'autres coutumes (3) encore, paraît avoir été le corollaire de l'autorisation générale souvent accordée à la femme par le contrat de mariage même, en vue de séparation contractuelle et qui, au commencement du XVIII^e siècle, était presque devenue de style (4).

Enfin, il faut noter que certaines coutumes résistèrent au mouvement général et conservèrent jusqu'au bout les dispositions libérales de l'époque primitive : de ce nombre sont la coutume de Montargis, les cou-

(1) Le Brun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. 1, p. 165.

(2) Faisant, *Coutume de Bourgogne*, titre IV, art. 1, n^o 3.

(3) Guyot, *Répertoire*, v^o *Séparation de biens*, section II, § 5, n^o 9.

(4) Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 792.

tumes de Berry et de Lorris et quelques autres encore (1).

En Normandie, la capacité de la femme était réglée d'après la distinction suivante : la femme avait le droit de vendre et d'hypothéquer, sans permission du juge et sans le consentement de son mari, ses meubles, de quelque valeur qu'ils fussent, ainsi que les immeubles qu'elle avait acquis depuis sa séparation. Mais, quant aux immeubles qui lui appartenait lors de cette séparation, ou dont elle avait hérité depuis, elle ne pouvait les vendre et les hypothéquer sans permission de la justice et avis des parents. Toutefois, les actes de disposition qu'elle avait faits pouvaient être exécutés sur ses meubles et sur les revenus de ses immeubles (art. 127, Coutume de Normandie).

C'est la doctrine des coutumes de Paris et d'Orléans que le code civil a consacrée dans l'article 1449. Nous devons maintenant nous attacher à ce texte et pénétrer plus avant dans l'étude des questions nombreuses et délicates qu'il soulève.

(1) Viollet, *op. cit.*, *ibidem*.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

DE L'INFLUENCE SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME, DE LA SÉPARATION DE BIENS SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Supposons deux époux mariés sous le régime de communauté ; le mari marche à sa ruine ; son insolvabilité est imminente ; la dot de la femme est compromise. Celle-ci, pour sauver les débris de sa dot, poursuit et obtient contre son mari un jugement de séparation de biens. Quel va être l'effet de ce jugement, particulièrement sur la capacité de la femme ?

D'une façon très générale d'abord, l'union des personnes et la vie commune subsistent ; au contraire, la confusion des intérêts cesse ; le régime des biens est changé. D'une façon plus spéciale, la femme est relevée en partie de l'incapacité générale qui pesait sur elle avant le jugement de séparation. C'est cet effet de la séparation de biens qui doit nous occuper.

SECTION I. — Des actes que la femme séparée peut faire
sans autorisation

§ 1^{er}. — DES ACTES COURANTS D'ADMINISTRATION

Aux termes de l'article 1449-1° « la femme séparée de biens en reprend la libre administration » (1).

La femme séparée de biens a donc capacité pleine et entière pour tous les actes qui rentrent dans l'administration de son patrimoine, aucune autorisation ne lui est nécessaire pour les accomplir. C'est une dérogation au droit commun.

Si le législateur avait attaché au mot *administration* une signification invariable, rigoureusement définie ; s'il avait pris soin de nous donner d'une façon précise le *criterium* d'un acte d'administration, cette première règle, formulée par l'article 1449, serait d'une netteté parfaite, et tout à fait exempte de difficultés. Son explication serait pure affaire d'énumération. Mais malheureusement il n'en est pas ainsi. Tel acte qui, dans une circonstance donnée et au regard de tel administrateur, sera considéré comme un acte d'administration, ne présentera plus ce caractère dans une circonstance voisine et s'il émane d'une autre personne. Ainsi le tuteur a l'administration des biens de son pupille, le père légitime, tant que dure

(1) La même expression dans l'article 1424 du code italien : « La moglie separata di beni, ne ha la libera amministrazione ».

le mariage, administre les biens de son enfant mineur non émancipé, le mineur émancipé lui-même administre ses propres biens ; l'héritier bénéficiaire est administrateur des biens de la succession qu'il a acceptée sous bénéfice d'inventaire ; le mari a l'administration des biens de sa femme sous le régime de communauté et sous le régime dotal, quant aux biens dotaux.

Quoique toutes ces situations soient caractérisées par une expression unique, et qu'on dise du tuteur comme du père légitime, du mineur émancipé comme de l'héritier bénéficiaire et du mari, qu'ils administrent, il est cependant certain que le pouvoir d'administrer n'est pas réglé et limité aux mains de ces différentes personnes d'une façon absolument identique ; et grande est la difficulté quand il s'agit de marquer les nuances qui séparent tel cas de tel autre cas.

Cette sorte d'indécision dans le langage du législateur, quand il parle de l'administration, va être pour nous une cause d'embarras et de difficulté quand nous chercherons à déterminer exactement quels actes la femme peut faire en vertu du droit que lui confère ou plutôt que lui restitue l'article 1449-1°. Toujours est-il qu'une idée essentielle nous aidera puissamment dans cette détermination, c'est qu'il existe une différence radicale entre l'administrateur

ordinaire et la femme séparée de biens ; le premier administre des biens qui ne lui appartiennent pas, tandis que la femme est propriétaire des biens qu'elle administre. C'est assez dire qu'en thèse générale la femme doit avoir des pouvoirs plus étendus que ceux d'un simple administrateur.

En s'attachant à ce point de vue, on pourrait être tenté de dire qu'il y a un administrateur dont la situation est identique à celle de la femme : c'est le mineur émancipé qui administre aussi ses propres biens. C'est ce qu'ont soutenu quelques auteurs (1). Mais cette affirmation serait inexacte. Malgré ce trait commun il n'y a pas analogie complète entre la femme et le mineur émancipé. C'est ce que prouve d'une façon irrésistible le rapprochement des articles 1449-1° et 484 ; la loi qualifie de *libre* administration de la femme, tandis qu'elle n'accorde au mineur émancipé qu'un droit de pure administration. L'anti-thèse est évidente. Cette différence s'explique et se justifie très bien par cette considération que le mineur est incapable à raison de son âge et de son inexpérience, et que la femme, au contraire, est supposée majeure et n'est incapable qu'à raison du mariage et de la puissance maritale à laquelle elle

(1) Battur, *De la communauté*, t. II, p. 190, n° 514, et p. 336, n° 651.

est soumise. Or, la loi l'affranchit précisément de cette puissance, au moins en partie.

Laurent ne croit pas que l'indignité du mari ait été le motif déterminant de la grave dérogation apportée ici à la puissance maritale : « c'est probablement, dit-il, une nécessité pratique qui l'a fait introduire. L'administration exige des actes très fréquents et qui souvent doivent se suivre sans retard, ni intervalle. La femme serait constamment entravée si le mari ou la justice devaient intervenir dans chacun des actes qu'elle est dans la nécessité de faire. La considération de l'indignité ou de l'incapacité du mari doit d'autant moins être mise en avant ici, qu'on laisse substituer la puissance maritale pour les actes les plus importants ; c'est pour ceux-là surtout qu'il aurait fallu se méfier de son autorisation. C'est donc moins pour cause d'indignité du mari que par nécessité que la loi dispense la femme de l'autorisation maritale à l'égard des actes d'administration (1).

Cette opinion ne nous paraît pas autorisée par les textes ; elle est même dangeureuse à notre avis en ce sens qu'elle introduit dans une matière très délicate un critérium susceptible d'entraîner une nouvelle restriction aux pouvoirs d'administration de la femme, peut-être même l'assimilation de sa capacité à celle

(1) Laurent, t. XXII, p. 304.

du mineur émancipé, l'obligation de respecter les décisions du mari, toutes les fois que les nécessités de l'ordre pratique ne s'opposent pas à l'intervention de ce dernier, remplaçant ici l'inexpérience et l'incapacité naturelle. Or, le contraire ressort, comme nous l'avons vu, de la comparaison des termes de l'article 1449 et de l'article 484.

Sortons des généralités et voyons d'une façon détaillée quels actes comporte le droit d'administration de la femme.

Il y a d'abord certains actes sur le caractère desquels aucun doute n'existe, qui sont très certainement des actes d'administration et que la femme peut faire par conséquent sans aucune difficulté. C'est ainsi qu'elle peut toucher ses revenus et en donner quittance.

Elle peut aussi donner mandat de les toucher, soit au mari lui-même, soit à un étranger. Mais il faut bien remarquer que, si la femme a donné mandat au mari d'exercer quelques-uns de ses pouvoirs, ce mandat, par sa nature, est essentiellement révocable. Il en serait ainsi, même si la femme avait déclaré abandonner la jouissance et l'administration de ses revenus au mari, à titre de contribution aux charges du ménage. Une pareille convention, si l'on devait y voir autre chose qu'un mandat révocable, serait absolument nulle comme constituant un rétablissement

irrégulier du régime détruit par la séparation de biens, étant fait sans l'observation des formalités prescrites par l'article 1451 (1).

Lorsque le mari a ainsi administré les biens de la femme en vertu d'un mandat exprès, à charge de tenir compte des fruits, il est obligé comme tout autre mandataire. On devra donc lui appliquer l'article 1577, qui, conforme aux règles ordinaires du mandat, est écrit pour le cas où une femme mariée sous le régime dotal a donné procuration à son mari pour administrer ses biens paraphernaux (2). Toutefois, le mari est autorisé à retenir la part des fruits pour laquelle la femme devait contribuer aux charges du mariage.

Dans tous les cas où le mari a continué ainsi à jouir des biens de la femme, nonobstant la séparation, ses obligations sont déterminées par des règles analogues à celles que posent les articles 1539 et 1577 à 1580 (3).

Ainsi, quand la femme a tacitement abandonné au mari la jouissance de ses biens, il n'est tenu, en cas de retrait de cette jouissance ou lors de la dissolution

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 406 et note 70 ; Guillouard, t. III, n° 1187 ; Laurent, t. XXII, n° 291 ; Bordeaux, 25 mars 1848, S., 48 2, 34 ; D., 48 2, 192.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 405 ; Laurent, t. XXII, n° 789 ; Guillouard, t. II, n° 1188.

(3) Bellot des Minières, t. IV, 306 ; Aubry et Rau, *ibidem*.

du mariage, qu'à la restitution des fruits existants et il ne doit aucun compte de ceux qui ont été consommés. C'est ce que décident l'article 1539, pour le cas de séparation contractuelle, et l'article 1578.

On peut étendre ces dispositions à la séparation de biens judiciaire quoiqu'elles substituent un abandon à forfait des revenus de la femme à la contribution proportionnelle fixée par l'article 1448. La raison en est que la femme séparée, maîtresse de ses revenus, les a volontairement abandonnés à son mari pour subvenir aux charges du mariage et qu'elle seule avait qualité pour apprécier l'opportunité de cet abandon (1).

Mais, si le mari avait joui des biens de sa femme, malgré l'opposition de celle-ci, il doit être comptable envers elle de tous les fruits, tant existants que consommés. On peut appliquer ici l'article 1579 ; écrit au sujet des biens paraphernaux, il n'en exprime pas moins une règle toute d'équité. Chaque fois qu'une personne s'empare de la jouissance des biens d'autrui, elle doit être responsable de toutes les conséquences de l'administration qu'elle a usurpée. Dans ce cas, cependant, le mari sera, comme dans le cas précédent, autorisé à retenir la part pour laquelle

(1) Aubry et Rau, *ibidem* ; Laurent, *ibidem* ; Guillouard, t. III, n° 1189 ; Bordeaux, 26 janvier 1831, S., 31, 2, 337 ; D, 52, 2, 22, *Contrà*, Odier, t. I, 399.

la femme devait contribuer aux frais du ménage (1).

La femme séparée de biens peut aussi recevoir et poursuivre par voie d'exécution, le remboursement de ses capitaux mobiliers, en donner décharge. Quelques auteurs, notamment Battur (2), refusent à la femme le droit de donner, sans autorisation, décharge de ses capitaux mobiliers, l'assimilant, d'une manière absolue, au mineur émancipé.

L'article 482 défend, en effet, à ce dernier, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge sans l'assistance de son curateur. Mais cette manière de voir, qui était manifestement inspirée des doctrines de l'ancienne jurisprudence, est contraire à l'article 1449, nous avons eu l'occasion de nous prononcer à cet égard. La condition juridique du mineur émancipé, nous l'avons dit déjà, est très différente de celle de la femme séparée. Si l'article 482 lui défend de toucher ses capitaux, c'est à raison de son inexpérience et parce qu'on craint qu'il ne se laisse entraîner à de folles dépenses (3).

Il faut observer d'ailleurs que, si la femme sépa-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 316, p. 406 ; Laurent, t. XXII, n° 290 ; Guillouard, t. III, n° 1187.

(2) Battur, *Traité de la communauté de biens entre époux*, 1829, t. II, 514 et 651.

(3) Aubry et Rau, t. V, § 516, texte et note 55, p. 403 ; Demolombe, t. IV, n° 154 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 101 *bis*, II ; Laurent, t. XXII, n° 295 ; Guillouard, t. III, n° 1191.

rée de biens était encore mineure, elle ne pourrait valablement donner décharge de ses capitaux qu'avec l'assistance de son mari, en qualité de curateur, ou, à son refus, qu'avec l'autorisation de justice. Dans ce cas seulement, l'article 482, reçoit son application (1).

De même, la femme séparée peut consentir mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour en assurer le paiement. Le désistement d'hypothèque et le consentement à la radiation de l'inscription sont les conséquences du paiement, et à ce titre ils rentrent dans les fonctions d'un administrateur ordinaire (2).

Elle peut encore, en vertu de son droit de libre administration, donner à bail ses immeubles. Mais ici nous nous heurtons à une difficulté. Pour quelle durée peut-elle donner à bail valablement ? Le mari, le tuteur, le mineur émancipé ne peuvent passer des baux pour une durée excédant neuf années (art. 1429, 1718, 595, c. civil.). Il résulte de ces dispositions que le bail fait pour plus de neuf années cesse d'être un acte d'administration et devient un acte de disposition. Faut-il, par application de ce principe, décider que la femme séparée ne peut, elle non plus, con-

(1) Aubry et Rau, *ibidem*.

(2) Troplong, t. II, n° 1423 ; Demolombe, t. IV, n° 154 ; Aubry et Rau, *ibidem*.

sentir sans autorisation un bail pour plus de neuf années ? La plupart des auteurs soutiennent l'affirmative et croient trouver dans les articles 1429, 1718, 595 et 481, un argument d'analogie irrésistible (1). Les auteurs complètent leur théorie en décidant que le bail supérieur à neuf années ne serait pas nul, d'une nullité absolue, mais seulement réductif sur la demande la femme, de ses héritiers ou du mari. Il ne faut plus appliquer à cet égard les solutions admises dans l'ancien droit ; le bail n'est plus aujourd'hui que réductible à la demande de l'incapable ou de ses représentants (2).

Nous ne croyons pas que cette interprétation dans son ensemble soit conforme aux textes. L'article 1449, est muet : on invoque des analogies ; l'article 481 décide que « le mineur émancipé passera des baux dont la durée n'excédera point neuf ans ». Cela

(1) Duranton, t. XIV, 427 ; Odier, t. I, 398 ; Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 402 ; Mourlon, t. III, p. 733 ; Baudry-Lacantinerie, t. III, § 661 (6^e éd.) ; *Répertoire général du droit français*, t. VII, V^o Bail, n^o 123 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, § 1179 ; Laurent, t. XXII, n^o 294.

Tout en admettant que les baux ne pourront excéder neuf ans en règle générale, Demolombe pense qu'on pourrait maintenir le bail d'une durée même plus longue, s'il était d'ailleurs fait utilement et de bonne foi ; les articles 595, 1429 et 1718 ne s'appliquent, dit-il, à cette hypothèse que par voie d'analogie, laissent aux magistrats une certaine latitude d'appréciation.

(2) Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, n^o 1180 ; *Louage*, t. II, n^{os} 44-46 ; Paris, 24 décembre 1859, D., 60, 2, 350.

s'explique par cette raison que la loi doit prémunir le mineur émancipé contre les engagements irréfléchis qu'il pourrait prendre dans cette période de maturité incomplète et lui éviter des regrets et peut-être un préjudice dans l'avenir.

L'article 1429 applicable au mari, administrateur des propres de la femme, de même que l'article 595, applicable à l'usufruitier, contiennent une semblable restriction, à raison de la limitation du droit de jouissance.

Quant à l'article 1718 qui impose au tuteur la même restriction, il trouve son fondement dans ce fait du même ordre que le tuteur administre pour un temps et qu'il ne convient pas de l'autoriser à engager son pupille trop avant dans l'avenir au delà de l'utilité actuelle.

Aucune de ces raisons ne se retrouve dans notre cas. Et c'est ici qu'intervient l'idée précédemment mise en lumière, à savoir que la femme administre ses propres biens, tandis que les personnes, dont le droit ou plutôt les pouvoirs sont déterminés dans les textes précités, administrent les biens d'autrui. Ces textes déterminent les *pouvoirs*, disons-nous, de ceux qui sont chargés de gérer la fortune d'autrui. L'article 1449 règle, au contraire, une question de capacité ; ce sont là deux ordres d'idées très différents et il est impossible de conclure de l'un à l'autre.

Il est vrai que le mineur émancipé est, comme la femme, propriétaire des biens qu'il administre, et que par suite l'article 595 tranche aussi une question de capacité et non une question de pouvoirs. Mais la loi a restreint la capacité du mineur émancipé aux actes de pure administration, tandis qu'elle permet à la femme de gérer librement sa fortune, terme qui indique, encore une fois, quelque chose de plus large que l'administration simple. Si donc le mineur a le droit de passer des baux pour une durée de neuf années, on conçoit que la femme ait le droit d'en consentir pour une durée plus longue.

Pour tous ces motifs, nous admettons que la femme puise donc dans « sa libre administration » le droit de passer tels baux qu'il lui convient.

Le mari n'a aucun contrôle à exercer sur les baux passés par la femme, et il n'est pas en droit de les critiquer comme consentis à vil prix. La femme peut fixer le prix qui lui semble bon (1).

Le mari ne pourrait critiquer un tel acte suivant le droit commun, que s'il avait été fait par la femme et par le preneur *en fraude* de ses droits ; il est, en effet, créancier de la femme à raison de la part contributive de celle-ci. Il pourra donc invoquer l'article

(1) Guillouard, t. III, n° 1181 ; Laurent, t. XXII, n° 294 ; Douai, 24 juillet 1865, D., 66, 2, 29.

1167, à charge par lui de démontrer la fraude de la femme et la complicité du preneur (1).

La femme a tous pouvoirs pour résilier les baux qu'elle a consentis; il en est ainsi tant pour les baux qu'elle a passés depuis qu'elle est investie de l'administration, que pour ceux qui l'avaient été par son mari avant la séparation. C'est l'application des règles générales.

De même qu'elle peut donner à bail des immeubles, la femme peut prendre elle-même à bail des immeubles ou des meubles, soit à loyer, soit à ferme, soit à colonage partiaire, ce sont là, en général, actes d'administration (2).

§ 2. — DU PLACEMENT DES CAPITAUX

La femme qui administre ses biens peut faire le placement de ses capitaux. Jouit-elle de toute latitude quant au mode de placement? Nous le pensons, avec la très grande majorité des auteurs. La femme, par cette seule raison que la loi ne s'est pas expliquée sur ce point, et n'a pas restreint sa liberté, est seule juge de l'utilité et de l'opportunité de tel ou tel mode d'emploi des fonds disponibles, entre ses mains. Il y a cependant doute et controverse sur les deux points

(1) Guillouard, *ibidem*.

(2) Guillouard, *ibidem*; Bordeaux, 22 février 1878, S., 79, 2, 293.

suivants : 1° La femme peut-elle faire, au comptant, bien entendu, des acquisitions soit de meubles, soit d'immeubles ? 2° Peut-elle placer ses capitaux en rente viagère ?

Première question. — Quelques auteurs refusent à la femme le droit d'acquérir, avec ses capitaux actuels, des meubles ou des immeubles. Nous disons *avec ses capitaux actuels*, pour bien marquer que nous sommes en dehors de l'hypothèse où la femme voudrait emprunter à l'effet d'acheter. Dans ce cas, la validité de l'opération à ce point de vue dépendrait de ce que nous dirons sur la capacité de la femme séparée relativement aux obligations qu'elle contracte. Il y a là une toute autre difficulté que nous examinerons bientôt. Nous supposons donc que la femme veuille acheter pour faire emploi de ses revenus ou pour placer un capital mobilier qui lui est remboursé.

Voici comment raisonnent ces auteurs : d'après l'article 217, la femme, même séparée de biens, ne peut pas acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation. Telle est la règle qu'il faut maintenir dans tous les cas, à moins d'un texte contraire. Or, ce texte n'existe pas ; aucune dérogation n'est apportée de ce chef à l'article 217 par l'article 1449, qui dit bien que la femme séparée peut aliéner son mobilier

mais qui ne dit pas un mot de la faculté d'acquérir (1).

Au premier abord, on pourrait être tenté de croire que la question posée ne donne lieu à aucun doute, et qu'elle est tranchée par le 2^e alinéa de l'article 1449. On pourrait, en effet, raisonner ainsi : en concédant à la femme le droit d'aliéner son mobilier à *titre onéreux* la loi lui accorde par là même d'une façon implicite, mais tout à fait nécessaire, la faculté de faire des acquisitions, car toute aliénation à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant un équivalent, s'analyse forcément en une acquisition ; dire que la femme peut aliéner à titre onéreux et qu'elle ne peut pas acquérir, c'est émettre deux propositions contradictoires. Mais ce raisonnement ne serait nullement acceptable et voici pourquoi. Si l'on peut dire que la femme acquiert nécessairement quand elle aliène à titre onéreux, attendu que l'équivalent de la chose aliénée passe dans son patrimoine, ceci n'est exact qu'au point de vue économique. Mais cette façon de parler est absolument antijuridique. Que la femme vende (et c'est là le mode d'aliénation de beaucoup le plus usuel), que la femme vende, disons-nous, tel ou tel meuble, on ne dira pas, dans le langage du droit, qu'elle *acquiert* le prix, qu'elle fait une acquisition à

(1) Dalloz, *Recueil alphab.*, v^o, *Contrat de mariage*, ch. II, sect. V, n^o 7, t. IX, p. 372 ; Bellot-Des Minières, t. IV, p. 313.

ce point de vue, dans le sens de l'article 217 ; on dira simplement que la femme vend sa chose et en reçoit le prix. C'est de l'acheteur qui a traité avec la femme qu'il sera exact de dire qu'il a fait une acquisition. Et la femme elle-même acquerra, au sens propre et juridique du mot, quand, par un acte distinct et postérieur, elle emploiera le prix de vente qu'elle aura touché, en jouant à son tour le rôle d'acheteur dans cette nouvelle opération. Il y a donc là deux points de vue, deux ordres d'idées essentiellement différents : la faculté qu'a la femme d'aliéner son mobilier à titre onéreux ne se confond pas avec celle qu'elle pourrait avoir d'acquérir à titre onéreux ; il n'est donc pas permis de conclure de l'une à l'autre.

Faut-il donc décider que la femme, restant sous le coup de l'incapacité générale dont elle est frappée par l'article 217, ne peut aucunement acquérir, à titre onéreux bien entendu ? Non. Nous estimons que la femme, dans les conditions que nous avons précisées, c'est-à-dire dans le cas où elle agit dans la limite de ses ressources présentes, peut faire des acquisitions soit de meubles, soit d'immeubles. Et nous trouvons cette solution dans le 1^{er} et le 2^e alinéas combinés de l'article 1449, qui donnent à la femme un droit de libre administration et la faculté d'aliéner son mobilier. En effet, l'acquisition à titre onéreux peut constituer un acte d'administration de son mo-

bilier. S'il s'agit de l'achat de meubles meublants, d'objets nécessaires à la vie quotidienne, cette solution ne fait aucun doute, car ce sont là des actes d'administration au premier chef et à raison desquels (nous le verrons) la femme pourrait même contracter une obligation personnelle. La même solution doit être admise pour tous les meubles corporels ou incorporels qu'elle achèterait au comptant. Elle pourra acheter des rentes sur l'Etat, des actions sur la Banque de France, des actions dans les Compagnies industrielles et, comme le fait remarquer M. Demolombe, t. IV, p. 170, cette solution s'impose à un double point de vue : « pour la femme elle-même et aussi pour les tiers : pour la femme, à qui vous donnez le droit d'administration et qui, dès lors, doit pouvoir placer ses capitaux, et faire de son mobilier l'emploi qu'elle croit le meilleur ; pour les tiers aussi, qui doivent pouvoir traiter sûrement avec tout individu qui a l'argent à la main, lorsque, d'ailleurs, la loi elle-même confère à cet individu le droit d'en disposer, et que l'acte même qu'il fait n'excède pas évidemment sa capacité ».

Une fois engagé dans cette voie, il est impossible de s'arrêter et de contester à la femme le droit d'acheter même des immeubles, toujours à la condition que, par ces opérations, elle n'engage pas l'avenir et ne fasse qu'employer ses capitaux disponibles. Il n'y

a pas à s'arrêter devant cette considération, que l'acquisition d'un immeuble est un acte d'une gravité exceptionnelle, dépassant les limites de l'administration même la plus libre. Les raisons précédemment données pour justifier les acquisitions des meubles militent ici avec autant de force ; on peut même dire qu'il y a un argument *a fortiori* pour admettre relativement aux immeubles la solution donnée pour les meubles en ce sens que la loi considère les placements immobiliers comme les plus sûrs et les meilleurs. Ainsi s'évanouit l'argument fondé sur l'article 217. Si l'article 1449 ne déroge pas formellement à ce texte en ce qui concerne la faculté d'acquérir, il y déroge virtuellement et nécessairement.

Deuxième question. — La femme peut-elle placer ses capitaux en rente viagère ?

Sur ce point encore, les opinions sont divergentes. La plupart des auteurs soutiennent l'affirmative. La jurisprudence est dans ce sens (1). Et la raison de décider est la même que tout à l'heure, toujours aussi tranchante et aussi décisive : la femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner, et, comme, d'autre part, la loi ne lui a pas imposé un mode déterminé d'em-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 404, note 59 ; Planiol, t. III, 1459 ; Laurent, t. XXII, p. 298 ; trib. de la Seine, 3 février 1869, D. P., 71, 3, 109.

ploi de ses capitaux, elle est libre de choisir celui qui lui paraît le plus conforme à ses intérêts.

On a objecté, cependant, que la constitution de rente viagère emporte aliénation du capital et que l'aliénation se produit ici dans des conditions particulièrement désastreuses ; dans le prêt, dans la constitution de rente perpétuelle, le capital est aussi aliéné, sans doute, et ces actes sont très certainement permis à la femme ; mais la différence est grande entre les deux cas : dans l'hypothèse d'un prêt ou d'une constitution de rente perpétuelle, le capital, quoique aliéné, est remplacé par une créance équivalente ; il est toujours là ; il reviendra un jour au disposant absolument pareil. Au cas de constitution de rente viagère, le capital est perdu sans retour. Un tel acte n'est-il pas, dès lors, tout l'opposé d'un acte d'administration, si libre et si entière qu'on la suppose ? L'administration n'a-t-elle pas pour but général de faire fructifier les biens et de les conserver ? A cette objection nous répondons que la constitution de rente viagère n'en est pas moins, malgré ses conséquences souvent très graves, un véritable placement, permis par suite à la femme, par cela seul que la loi ne le lui a pas spécialement interdit. Bien plus, une loi spéciale, la loi du 18 juin 1850, qui crée, sous la garantie de l'État, une caisse de retraite ou de rente viagère pour la vieillesse, nous fournit un argu-

ment d'une certaine force ; le 5° de l'article 4 est ainsi conçu : « En cas de séparation de corps ou de biens, le versement postérieur profite séparément à l'époux qui l'a opéré. » On ne distingue pas entre le mari et la femme. Ils peuvent donc, l'un comme l'autre, acquérir, après la séparation de biens, un droit à une rente viagère et le texte ne fait aucune allusion à la nécessité d'une autorisation pour la femme. Nous appuyons enfin notre solution de cette considération d'utilité pratique, que, dans bien des cas, quand la fortune de la femme sera modique, par exemple, la constitution de rente viagère sera pour elle le seul moyen de se procurer le bien-être et l'aisance.

§ 3. — DU DROIT D'ALIÉNER LE MOBILIER

a). *Notions générales.*

La loi résume, dans une double formule, la situation de la femme séparée de biens, au point de vue des actes de disposition : 1° elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (1449-2°) ; 2° elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari ou sans être autorisée en justice à son refus (1449-3°). Donc, d'une part, capacité de la femme de disposer seule de ses meubles et, d'autre part, incapacité de disposer seule de ses immeubles. Rien de plus simple, à première vue, que cette double règle,

mais cette simplicité n'est malheureusement qu'apparente ; et, en réalité, il est peu de textes du Code civil qui aient donné lieu à d'aussi sérieuses difficultés d'interprétation. Occupons-nous d'abord du droit de disposition donné à la femme relativement à son mobilier.

La question la plus importante en cette matière et la plus vivement discutée, est celle de savoir quelle est la portée exacte du 2° de l'article 1449. Quelle est, au juste, l'étendue du droit de disposition qu'il consacre au profit de la femme ? Pour déblayer le terrain et bien préciser les termes de controverse, commençons par éliminer un point qui n'est guère contestable, à savoir que l'article 1449-2° ne va pas jusqu'à permettre à la femme de disposer de son mobilier à titre gratuit. Cependant, l'opinion contraire a été soutenue (voy. Delvincourt), et voici l'argument produit à l'appui de cette opinion : il se tire de l'emploi cumulé des deux expressions *disposer* et *aliéner*, dans 2° de l'article 1449, la première se référant aux dispositions à titre gratuit, et la seconde aux actes à titre onéreux ; la distinction, dit-on, est très nette et très certaine. Mais cette opinion est restée un sentiment isolé, et il devait en être ainsi. Il existe, en effet, de très bonnes raisons pour écarter cette interprétation véritablement exorbitante de l'article 1449-2°. Et d'abord, l'article 217, en ce qui concerne la prohibition d'a-

liéner, prononcée contre la femme, renferme deux termes : l'un, par lequel il défend les aliénations à titre onéreux : « la femme ne peut aliéner » ; l'autre, par lequel il interdit les aliénations à titre gratuit : « la femme ne peut donner ». — Or, l'article 1449 ne parle que de la faculté d'aliéner ; donc, en matière de dispositions à titre gratuit, l'article 217 reste applicable. En outre, la donation est un acte qui exige des conditions particulières de capacité, et l'article 905, qui, d'une façon spéciale, requiert l'autorisation du mari, peut être considéré comme ayant une portée particulière et comme étant, par suite, restée en dehors de la règle contenue dans l'article 1449. La disposition de l'article 905 s'appuie, d'ailleurs, sur des considérations de moralité et de haute convenance, qui ont autant de force après la séparation qu'avant cet événement. Enfin, les raisons qui expliquent la liberté accordée à la femme, en matière de disposition à titre onéreux de son mobilier, n'existent plus dès qu'il s'agit de faire des libéralités.

Toute donation de meubles sera donc interdite à la femme non autorisée, qu'elle soit d'ailleurs directe ou indirecte. Une donation indirecte, résultant par exemple d'un prêt à long terme et sans intérêts, serait défendue au même titre qu'une donation directe (1).

(1) Paris, 24 janvier 1874, D., 74, 2, 224.

La femme pourrait seulement faire des dons modiques prélevés sur ses revenus, en d'autres termes, des *présents* ou *cadeaux*, que, dans la pratique, on ne traite pas comme de véritables donations entre vifs. L'article 852, qui les dispense du rapport, prouve que cette distinction est bien dans l'esprit de la loi (1).

Une difficulté beaucoup plus sérieuse consiste à préciser les limites de la capacité de la femme relativement aux actes de disposition à titre onéreux. Peut-elle aliéner ses meubles indéfiniment et pour toute espèce de cause, ou ne le peut-elle que dans un intérêt d'administration ? Le doute est grand à cet égard ; mais, avant d'aborder l'étude des différentes opinions qui se sont produites, il est indispensable de faire, dès maintenant, une distinction capitale qui domine tout ce sujet, entre l'aliénation directe et proprement dite, celle par laquelle la femme se dépouille actuellement et immédiatement, et l'aliénation indirecte au moyen d'achats à crédit, d'emprunts ou d'autres actes à titre onéreux ne contenant que le germe d'une aliénation future et éventuelle. Il y a lieu de se demander si la capacité de la femme est la même, quel que soit le mode d'aliénation qu'elle ait employé, ou si, au contraire, sa capacité varie suivant l'une ou l'autre hypothèse.

(1) Demolombe, t. IV, n° 450.

La jurisprudence n'a pas toujours résolu cette difficulté d'une manière uniforme. Elle a passé successivement par trois phases très faciles à suivre et à distinguer :

Première phase. — Elle a d'abord pensé qu'il était permis à la femme d'aliéner son mobilier, soit directement, soit indirectement, et cela sans limitation, ni réserve. Ainsi des emprunts faits sans autorisation ont été déclarés valables quoique ne se rattachant pas à l'administration de ses biens, sauf évidemment à ne pouvoir être exécutés que sur son mobilier et les revenus de ses immeubles (Cass., 18 mai 1819; Besançon, 31 janvier 1827; Paris, 3 mars 1832).

Deuxième phase. — La jurisprudence a fait plus tard une distinction : la femme peut aliéner directement son mobilier pour quelque cause que ce soit ; mais quant aux engagements qui en contiendraient une aliénation indirecte, ils ne lui sont permis sans autorisation qu'à la condition que, par leur modicité ou leur destination, ils paraissent rentrer dans la classe des actes d'administration (1).

Troisième phase. — Enfin la jurisprudence abandonnant la distinction à laquelle elle s'était attachée dans la deuxième période, refuse à la femme le droit d'aliéner même directement son mobilier autrement

(1) Paris, 6 novembre 1866, D. P. 66, 5, 35.

que dans la limite et pour les besoins de son administration. Ainsi elle pourrait se défaire d'un mobilier qui dépérit, vendre les fruits de ses récoltes, mais toute aliénation ne se rattachant pas à l'administration serait nulle et non avenue. Donc plus de différence entre l'aliénation et l'engagement.

Chacun de ces trois systèmes a eu ses partisans dans la doctrine. Le second a nos préférences. Voyons rapidement comment on raisonne de part et d'autre.

Les moyens développés à l'appui du premier système se résument dans cette idée générale que l'article 1449-2° est absolu et ne comporte aucune distinction entre les aliénations pour cause d'administration et les aliénations étrangères à l'administration ; bien plus, on disait que le législateur a prévu les contestations possibles sur ce point et qu'il a voulu les trancher par avance en accumulant deux expressions (disposer de et aliéner) pour marquer, de la façon la moins équivoque, le plein pouvoir de la femme. Donc, rien n'est plus arbitraire que la limitation que l'on veut apporter au droit de la femme, en la réduisant aux aliénations de la première espèce, c'est-à-dire à celles relatives à l'administration. Voilà pour l'aliénation directe (par vente au comptant, échange, etc.). En ce qui touche l'aliénation indirecte ou par voie d'obligation, cette même solution doit être mainte-

nue : on doit pouvoir faire, en effet, indirectement, ce qu'il est permis de faire directement, puisqu'aux termes de l'article 1449, dit en propres termes l'un des arrêts précités (Cass., 16 mars 1813), « la demanderesse était autorisée, comme séparée de biens, à disposer de son mobilier et à l'aliéner, « elle *a pu, par une conséquence naturelle, s'obliger* jusqu'à concurrence dudit mobilier. On arrive même, dit-on, à cette solution, par un argument *a fortiori* ; il suffit, pour s'en convaincre, d'observer qu'en cas d'aliénation directe, le bien aliéné est immédiatement et complètement perdu ; tandis qu'en obligeant simplement son mobilier par des transactions, la femme ne s'en dépouille pas actuellement, mais ne s'expose qu'à l'éventualité d'une aliénation ultérieure.

Le troisième arrêt rendu sur la question (Besançon, 31 janvier 1827) emploie, pour justifier sa thèse, un argument qu'il est intéressant de relever : Considérant qu'il résulte des articles 217 et 1449 que la femme séparée de biens reprend l'administration des siens ; que les actes qui lui sont interdits sont énumérés dans ces mêmes articles, et que la défense d'emprunter ne s'y rencontre pas ; que l'on peut étendre les incapacités ; que la prohibition d'emprunter eût été consignée dans la loi comme elle l'a été à l'égard du mineur émancipé et de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire par les articles 483 et 499, si telle eût été

la volonté du législateur.... » En un mot, la femme mariée ne serait pas, en principe, incapable de s'obliger ; à plus forte raison, devrait-elle pouvoir s'obliger quand elle est séparée de biens, puisque cette séparation est extensive de sa capacité ordinaire.

Nous acceptons la première partie de cette argumentation, mais nous repoussons entièrement la seconde ; en d'autres termes, nous estimons qu'il est impossible de limiter le droit de disposition de la femme, en matière d'aliénation directe ; nous pensons, au contraire, que l'engagement par elle contracté ne sera valable que s'il l'a été dans un but et dans un intérêt d'administration.

Et d'abord la femme peut aliéner son mobilier d'une manière absolue et non seulement pour cause d'administration. Et cette solution se justifie : 1° par un argument de texte, 2° par un motif d'utilité pratique.

1° L'argument du texte a déjà été présenté : l'article 1449-2° est absolu et exclusif de toute distinction.

2° Il faut de toute nécessité, au point de vue pratique, valider indistinctement toutes les aliénations de mobilier faites par la femme, sans quoi l'intérêt des tiers est sacrifié ; leur bonne foi sera à chaque instant surprise, si l'on fait dépendre la validité de l'aliénation du point de savoir si elle a lieu ou non, conformément aux besoins d'une sage administration.

Pour pouvoir trancher avec certitude et par avance cette question délicate, il faudrait que les tiers soient parfaitement renseignés sur l'ensemble des affaires de la femme qui traite avec eux ; de plus, « la nature de l'objet aliéné ne dénote pas suffisamment le caractère de l'acte, car dans tel cas l'aliénation d'un tableau, d'une pièce d'argenterie, peut être un acte très raisonnable, appelé par la nécessité de payer une dette ou de pourvoir aux besoins de la famille » (1). Finalement, c'est la femme elle-même qui subirait les inconvénients d'un pareil état de sa fortune et, sur le caractère de tel ou tel acte particulier qu'elle voudrait contracter, les tiers ne consentiront à entrer en relation d'affaires avec elle qu'autant qu'elle sera régulièrement autorisée ; d'où la conséquence que le pouvoir d'aliéner, même pour cause d'administration, se trouverait paralysé ou plutôt absolument ruiné dans sa main.

Malgré ces raisons, un parti considérable dans la doctrine et la jurisprudence actuelle de la cour de cassation se prononce énergiquement en ce sens, que les aliénations de mobilier consenties par la femme ne sont valables que si elles présentent le caractère d'actes d'administration (2). Frappés de

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n° 101 *Bis*.

(2) Baudry et Surville, t. III, 1498 ; Marcadé, t. V, art. 1449, n° 3, p. 601 ; Troplong, t. II, 1417 et suiv. ; Guillouard, t. III, 1193, 1194.

l'antinomie qui existe entre l'article 217, aux termes duquel la femme *même séparée de biens* ne peut aliéner, etc., sans être autorisée, et l'article 1449-2°, qui permet, au contraire, à la femme séparée de disposer de son mobilier et de l'aliéner, les auteurs qui défendent cette opinion se sont efforcés de concilier ces deux textes ; et ils ont cru trouver la conciliation dans l'idée que le droit d'administrer contient, dans une certaine mesure, le droit de disposer ; la femme séparée demeure, en principe, incapable d'aliéner ; mais quand il s'agit de l'aliénation d'objets mobiliers et que cette aliénation présente le caractère d'un acte d'administration, elle peut l'effectuer. Le 2° alinéa de l'article 1449 ne serait donc que la suite et le développement du premier.

Ce raisonnement tombe devant cette simple considération que le but de l'aliénation n'en modifie pas le caractère ; même en n'autorisant la femme à aliéner ses meubles que dans un intérêt d'administration, on sort du texte de l'article 217. Force est donc de reconnaître que, dans l'une comme dans l'autre inter-

L'appréciation des juges est souveraine toutes les fois qu'il s'agit de déterminer si l'acte fait par la femme a ou non le caractère d'un acte d'administration. Si les juges ont examiné l'acte et l'ont qualifié légalement, la Cour de cassation a le droit d'exercer son contrôle sur cette qualification. Baudry et Surville, t. III, 1499 ; Cassation belge, Sirey, 1903, 4, 29 ; C. Cassation Sirey, 94, 2, 395 ; D. P., 94, 1, 535.

prétation, la formule de l'article 217 est trop absolue et que l'article 1449-2° y modifie quelque chose.

Ne voir, d'ailleurs, dans le 2° alinéa de l'article 1449, que le corollaire du 1^{er}, c'est en tenir bien peu de compte ; c'est le réduire à l'état de lettre morte. S'il ne conférait pas à la femme un pouvoir spécial, distinct du pouvoir d'administrer, à quoi bon l'avoir inséré et lui avoir fait une place à part dans l'article 1449 ? La loi se serait bien inutilement répétée ; bien plus, ajoute très judicieusement le savant maître, M. Colmet de Santerre, si l'on devait comprendre la deuxième phrase comme étant limitée par la première, il faudrait aussi, mais en sens inverse, limiter la portée de la troisième phrase par la règle de la première et de même qu'on dirait : « la femme peut aliéner ses meubles pourvu qu'elle le fasse dans l'intérêt de son administration, » il faudrait dire aussi : « elle ne peut aliéner ses meubles, à moins qu'elle ne le fasse dans l'intérêt de son administration ».

Au fond, nous croyons que cette interprétation restrictive de la règle contenue dans le 2° alinéa de l'article 1449, a sa source première et principale dans le désir d'enlever à la femme une liberté de plus en plus dangereuse à cette époque, où la partie mobilière des patrimoines prend de plus en plus d'importance. Sans doute, aujourd'hui, la maxime *res mobi-*

his res vilis n'a plus sa raison d'être. La fortune mobilière a acquis, pendant le cours de ce siècle, un développement considérable ; la cause en est au développement de l'industrie, à la légitimité reconnue du prêt à intérêt, à la multiplicité des emprunts émis par les gouvernements et les municipalités, à la constitution d'un nombre considérable de sociétés commerciales, financières, industrielles, à la création des compagnies de chemins de fer. De nos jours, la fortune mobilière est devenue la rivale de la fortune immobilière, sinon son égale. « L'avenir lui réserve probablement le premier rang, dit M. Baudry-Lacantinerie, l'augmentation de la fortune mobilière étant sans limites, tandis qu'il n'en est pas ainsi de l'augmentation de la fortune immobilière. » Il semble donc que les meubles devraient, en règle générale, participer aujourd'hui aux garanties dont la loi entoure la propriété immobilière (1).

Nous tenons donc pour acquis ce premier point : la femme peut disposer de son mobilier, au moins par voie d'aliénation directe, d'une façon illimitée et quelle que soit la cause de l'aliénation. Nous tenons à faire remarquer que, si nous nous séparons nette-

(1) M. Boissonade, dans le projet de code civil japonais, et cela est passé dans le code (code civil de l'empire du Japon, art. 10-4*), a fait rentrer dans les immeubles « les rentes sur l'Etat et autres créances mobilières immobilisées par la loi ou par les particuliers en vertu d'une disposition de la loi ».

ment de la doctrine que nous venons de combattre, en ce que nous validons tous les actes par lesquels la femme a disposé à titre onéreux de son mobilier, nous nous en rapprochons cependant en acceptant l'idée qui nous sert de base, à savoir que, si la femme peut aliéner, c'est à raison de l'administration dont elle est investie et comme condition de cette administration ; ce point de vue est exact : la femme, si l'on veut, ne peut aliéner que dans un but d'administration ; mais arrivant à l'application, il faut reconnaître que l'aliénation d'un meuble rentre, de sa nature, dans les attributs d'une libre administration, ou mieux encore « que c'est un *acte d'administration par définition légale.* »

Nous avons dit, d'autre part, que nous rejetons complètement le second point de vue des auteurs dont nous avons jusqu'ici adopté le sentiment, c'est-à-dire que nous croyons, contrairement à eux, qu'il faut distinguer entre l'aliénation directe et l'aliénation indirecte. En vain on objecte qu'il doit être permis de faire indirectement tout ce qu'il est permis de faire directement, et que la femme, pouvant aliéner son mobilier, doit pouvoir contracter des obligations personnelles exécutoires sur ce mobilier. Rien n'est plus téméraire que cette affirmation ; très souvent le détour employé change la nature et la portée de l'acte, et on conçoit très bien, notamment, que le

législateur prohibe le moyen indirect quand il offre plus de danger que le moyen direct. Tel est précisément notre hypothèse : la femme sera plus portée à s'obliger qu'à aliéner ; elle n'aperçoit pas les conséquences de l'acte par lequel elle engage seulement l'avenir, tandis qu'elle sent la privation immédiate résultant de l'aliénation. Et ce n'est pas là un point de vue nouveau : la loi Julia permettait l'aliénation, mais non l'hypothèque du fonds dotal ; c'est dans le même esprit que le sénatus-consulte Velléien empêchait la femme de cautionner un tiers, bien qu'il lui permit de payer sa dette. Donc, de ce que la femme peut aliéner librement son mobilier, on n'est pas en droit de conclure qu'elle peut en disposer avec la même étendue d'une façon indirecte et par voie d'obligation.

Le second argument des auteurs dont nous combattons la doctrine est encore moins fondé que le précédent. Il consiste à prétendre que la femme mariée n'est pas, même avant la séparation de biens, incapable de s'obliger. Or c'est là une affirmation tout à fait inexacte.

L'article 217, dit-on, énumère les actes interdits à la femme et la défense de s'obliger ne s'y rencontre pas. Mais nous répondrons que si, à la vérité, l'article 217 ne déclare pas expressément la femme incapable de contracter des obligations, cependant cette inca-

pacité s'impose par suite des considérations suivantes.

Un premier argument se tire de l'incapacité d'acquérir à titre gratuit ou onéreux prononcé par l'article 217 lui-même contre la femme mariée. Quelle en est la raison ? S'agit-il, en premier lieu, d'acquisition à titre gratuit et tout d'abord d'acquisition par donation entre vifs ou par testaments ? La nécessité de l'autorisation est facile à concevoir : le mari a un intérêt moral évident à contrôler les libéralités faites à la femme ; il doit en apprécier l'origine et les convenances. S'agit-il en second lieu d'une succession *ab intestat* échue à la femme (art. 776 c. civ.) ? Ici le motif de l'autorisation n'est plus le même ; mais elle se justifie par une autre raison ; c'est que l'acceptation de la succession entraîne des charges (art. 724 c. civ.). Voilà un premier point de vue auquel apparaît l'incapacité de la femme en matière d'obligations. Enfin s'agit-il d'acquisition à titre onéreux ? Là encore l'autorisation est nécessaire, c'est-à-dire que la femme est incapable d'y procéder seule valablement. Pourquoi cette décision ? C'est uniquement parce que l'acquisition implique ou une aliénation (expressément interdite à la femme par l'article 217), ou une obligation corrélative à l'acquisition ; c'est donc dire implicitement, mais nécessairement, que la femme ne peut contracter cette obligation.

Outre cette induction tirée de l'article 217 lui-même, une preuve tout à fait décisive résulte, dans le même sens, des textes qui suivent l'article 217 (voy. art. 219, argument des mots « passer un acte; et surtout argument *a contrario* de l'article 220, qui déclare la femme capable de s'obliger dans un cas déterminé et exceptionnel; enfin l'article 222 *in fine*, qui est formel). On peut ajouter l'article 1990 relatif à l'hypothèse où un tiers a donné mandat à une femme mariée. Cette solution, que la femme mariée est incapable de s'obliger, en principe, est d'autant moins douteuse que c'était la règle de l'ancien droit (art. 234, Coutume de Paris, et 194 Coutume d'Orléans). « La femme mariée, portaient ces textes, ne peut aucunement contracter entre vifs. » Les travaux préparatoires nous fournissent un dernier argument non moins puissant que les premiers : le point de départ des observations du Tribunat sur cette matière (voy. Locré, t. IV, p. 458) est que, sans nul doute, la femme est incapable de s'obliger. On demanda que ce principe fût expressément consacré par un texte de loi, et il est vrai qu'on ne fît pas droit à cette réclamation ; mais l'unique raison c'est que le texte qu'on proposait était trop général, la femme pouvant être obligée par délit ou par quasi-délit.

A l'origine, c'est-à-dire dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil, quelques

décisions de jurisprudence avaient reconnu l'incapacité de la femme de s'obliger, mais en se fondant sur un argument de tout autre nature : sans doute, disait-on, la loi ne prononce pas pour la femme l'incapacité de s'obliger, mais toute obligation implique une aliénation indirecte (art. 2092) ; par conséquent, la loi dit implicitement que la femme est incapable de s'obliger, en disant qu'elle est incapable d'aliéner. Nous répudions cet argument qui est inexact en droit et qui, de plus, est dangereux, car il conduit à décider que la femme peut s'obliger sur les biens qu'elle a capacité d'aliéner.

Ces considérations nous paraissent suffisantes pour justifier l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1449.

b). APPLICATIONS

La femme séparée de biens peut, sans autorisation, vendre ses meubles corporels (1). Elle peut également céder ses créances ou autres droits mobiliers, c'est-à-dire vendre ses valeurs. C'est même au sujet de la vente des valeurs que la question s'est principalement posée dans la pratique et présente le plus d'intérêt.

En ce qui concerne les rentes sur l'Etat, l'a lié-

(1) Cass., 24 octobre 1906, S., 906, 1, 482.

nation par la femme séparée de biens a été admise par une instruction du ministre des finances pour le service du grand livre de la dette publique dans les départements, en date du 1^{er} mai 1819 (art. 4 et 5) (1).

Quant aux autres valeurs de bourse, d'une façon générale, la pratique, contrainte par la jurisprudence, exige l'autorisation du mari. A vrai dire, on ne peut pas savoir mauvais gré aux praticiens de couvrir leur responsabilité.

Libre, en principe, d'aliéner seule ses valeurs mobilières, la femme peut-elle spéculer à la bourse, nous voulons dire faire des opérations à découvert ? Il nous semblerait exagéré de l'admettre. S'il nous paraît être dans l'esprit du code de considérer toute aliénation de meubles comme rentrant dans une notion très large du droit d'administrer, nous ne croyons pas que ce droit comprenne jusqu'à la faculté de se livrer à des opérations qui, en définitive, rentrent dans le jeu plus que dans l'aliénation ordinaire ; il y a là un danger prochain d'appauvrissement qui n'est pas compatible avec la notion de l'administration telle que nous l'avons établie ; et d'ailleurs les obligations qu'elle contracterait en vendant ou en achetant à terme et à découvert excéderaient ses pouvoirs d'une façon manifeste. Rodière et Pont

(1) Buchère, *Opérations de Bourse*, n° 200.

admettent que le droit d'aliéner est absolu pour la femme séparée et ne comporte aucune restriction (1). Mais nous croyons plus juste l'opinion d'auteurs comme Laurent, qui tout en déclarant que la femme peut *aliéner*, lui refusent la faculté de jouer (2). C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence (3).

La femme séparée a-t-elle le droit de convertir, sans autorisation, les titres nominatifs d'obligations ou d'actions industrielles qui lui appartiennent, en titres au porteur? On a cherché à rattacher cette question à celle de l'aliénation des meubles et l'on s'est fondé sur ce que la femme ne pourrait pas aliéner ses valeurs mobilières pour lui défendre de faire un acte qui en facilite l'aliénation. Les grandes compagnies de chemins de fer, notamment, ont demandé aux tribunaux de défendre la conversion aux incapables en s'appuyant sur les dangers que présentent les titres au porteur, soit dans le cas de perte ou de vol (inconvenient auquel la loi du 15 juin 1872 a remédié dans une certaine mesure), soit surtout parce qu'elle permet aux incapables de se soustraire aux prohibitions de la loi. La femme ne pouvant, dit-on, aliéner ses meubles que pour les besoins de son ad-

(1) Rodière et Pont, t. III, n° 2494.

(2) Laurent, t. XXII, n° 320.

(3) Cass., 30 décembre 1862, D., 63, 1, 41.

ministration, arriverait, en faisant convertir ses titres, à dissimuler son patrimoine mobilier, peut-être même à échapper à l'obligation de subvenir sur ses revenus aux besoins du ménage (1).

Nous ne croyons pas devoir nous ranger à cette opinion. Pour nous, la question de la conversion est indépendante de celle de l'aliénation. Aussi, même dans le système le plus restrictif du droit d'aliéner, n'hésiterions-nous pas à admettre que la femme séparée de biens peut faire ces conversions, et c'est l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence.

En effet, la conversion d'un titre nominatif en un titre au porteur ne peut être considérée en elle-même comme un acte d'aliénation. C'est un acte d'administration, car il ne diminue en rien la fortune ; l'action ou l'obligation reste dans son patrimoine après comme avant la conversion. Il peut même y avoir des avantages à adopter cette forme, et la facilité de transmission n'est pas l'un des moindres. Comment la femme séparée, investie par l'article 1449 de la *libre administration* de son patrimoine, ne pourrait-elle pas faire un pareil acte ?

Certes, les raisons invoquées dans le système adverse sont loin d'être négligeables, si on les applique à des incapables, tels que les mineurs et les

(1) Lyon-Caen, Note sous Paris, 12 juillet 1869, S., 69, 2, 321

interdits, et nous comprenons qu'une disposition nouvelle, l'article 10 de la loi du 27 février 1880, sur l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, ait soumis, pour ces incapables, la conversion des titres nominatifs en titres au porteur aux mêmes formalités que leur aliénation.

Nous savons, d'ailleurs, que toute disposition de ce genre a été écartée au Parlement en ce qui concerne la femme séparée de biens, nous ne pouvons donc que nous en tenir au texte de l'article 1449 qui lui permet tous les actes d'administration (1).

Un autre point, également en dehors de toute controverse, c'est que la femme séparée ne peut procéder seule à un partage judiciaire (art. 215, c. civ.). Il y a au contraire, dissentiment en ce qui concerne le partage amiable d'une succession mobilière. La raison de douter vient de ce que la capacité, que la loi exige en matière de partage, est une capacité toute spéciale, intermédiaire entre la simple capacité d'administrer et celle de disposer. Or, disent quelques auteurs, peu importe que l'administration de la femme soit libre ; toujours est-il qu'elle en est réduite aux actes d'administration ; la faculté de disposer de son mobi-

(1) Paris, 1^{er} mars 1875, S., 75, 2, 236 ; D., 76, 2, 158 ; Cass., 13 juin 1876, S., 76, 1, 344 ; D., 78, 1, 181 ; Buchère, *Opérations de bourse*, n° 304 ; Seine, 19 janvier 1900, *Le Droit*, du 29 mai.

lier n'est elle-même qu'une suite de cette administration qui lui est permise ; donc, la femme n'ayant que la capacité d'administrer, n'a pas la capacité suffisante pour procéder au partage même amiable d'une succession mobilière. Dans une autre opinion, que nous croyons préférable, on interprète, d'une façon plus large et plus libérale, le 2° de l'article 1449 ; on l'entend en ce sens qu'il donne à la femme un droit libre et absolu de disposition relative à son mobilier, droit distinct et indépendant du droit d'administration conféré par le 1° de ce même article. D'où la conséquence nécessaire qu'elle peut procéder à un partage amiable de valeurs mobilières. Nous écartons la doctrine d'un auteur qui, tout en admettant cette dernière solution, croit pouvoir la justifier en se fondant sur le caractère déclaratif du partage (voir Troplong, *Contrat du mariage*, liv. II, n° 1421). La fiction du partage déclaratif ne peut être ici d'aucun secours ; car, au fond et dans la réalité des faits, le partage est translatif de propriété. Si donc la femme séparée peut valablement partager une succession mobilière, c'est, nous le répétons, pour cette raison unique, mais décisive, qu'elle peut librement aliéner son mobilier. Elle peut même vendre ses droits dans une masse composée relativement de meubles (Colmar, 8 avril 1820).

Le droit de transiger sur les contestations relatives

à l'administration de ses biens et à son mobilier appartient, sans aucun doute, à la femme. Cette solution affirmative nous semble découler de l'article 2045 du code civil, aux termes duquel, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Or, la femme peut disposer de son mobilier, nous dit formellement l'article 1449-2°. Donc elle peut transiger en matière mobilière. Cette question une fois résolue, une seconde difficulté s'élève sur le point de savoir dans quelle mesure précise on doit reconnaître à la femme le droit de transiger. Faut-il admettre la validité de la transaction *a priori* et d'une manière absolue, sous la seule condition qu'il n'y ait que des meubles impliqués dans la transaction, ou bien faut-il, au contraire, en subordonner la validité à cette circonstance que la femme n'ait transigé que dans la mesure et pour les besoins de son administration ? Conformément à la solution que nous venons de donner à la question plus générale, qui est celle de savoir si la femme peut aliéner son mobilier, la femme peut transiger sur les difficultés qui y sont relatives, sans tenir compte des besoins de son administration (1).

(1) Duranton, t. XVIII, n° 409 ; Troplong, *Des transactions*, art. 2045, 2046, n° 51 ; Demolombe, t. IV, n° 159 ; Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 404, texte et note 57 ; Laurent, t. XXII, n° 306. Guillouard (t. III, n° 1208) admet aussi que la femme séparée peut transiger quant à ses droits mobiliers, tout en ne lui reconnaissant le droit

La femme peut-elle faire une surenchère sans être autorisée ? Presque tous les auteurs et les arrêts s'accordent pour résoudre la question par la distinction suivante : Si la surenchère est formée sur le prix d'un immeuble frappé de l'hypothèque légale de la femme, et qu'elle tende à assurer le recouvrement de la dot, elle est valable, attendu que le jugement de séparation de biens habilite suffisamment la femme pour tous les actes qui sont faits en exécution de ce jugement. Il importe peu que l'immeuble ait été vendu par le mari ou par un acquéreur de ce dernier (Orléans, 25 mars 1831; Cass., 29 mars 1853).

Mais quand il ne s'agit point pour la femme de poursuivre l'exécution du jugement de séparation, il ne saurait lui appartenir de former une surenchère sans être autorisée, car cet acte renferme, de la part du surenchérisseur, un engagement d'une gravité exceptionnelle, qui excède manifestement les limites de la capacité de la femme séparée de biens.

On a cependant, quelquefois, repoussé cette distinction en refusant à la femme le droit de surenchérir, d'une façon absolue et dans tous les cas. On fait remarquer, à l'appui de cette solution, que, s'il doit être

d'aliéner son mobilier que dans la mesure des besoins de l'administration. On peut se demander s'il n'y a pas une contradiction entre ces deux idées. Il nous semble difficile de voir dans la transaction un acte de pure administration.

admis, en thèse générale, que le jugement de séparation de biens donne virtuellement à la femme l'autorisation de poursuivre le remboursement de ses reprises par toutes les voies de droit, et, par conséquent, de saisir immobilièrement les biens de son mari, d'en poursuivre la vente forcée et de s'exposer à en rester adjudicataire sur la mise à prix, il est excessif d'en conclure que, lorsque l'adjudication a été tranchée au profit d'un autre, la femme puisse, sans autorisation, former une surenchère ; que la surenchère est un acte *dangereux, exorbitant*, que le jugement n'a pas dû prévoir et n'a pu en conséquence autoriser (Grenoble, 30 août 1850). Mais cet arrêt a été cassé par la cour suprême qui maintient avec fermeté la distinction dont nous avons vu les termes.

§ 4. — DU DROIT DE S'OBLIGER

Il nous reste à établir, pour en finir avec la question importante que soulève le 2° de l'article 1449, que la femme peut valablement contracter des obligations personnelles dans la limite de son droit d'administration.

Au premier abord, on pourrait en douter. D'une part, en effet, l'article 1449, qui indique les actes à raison desquels la femme est relevée, par la séparation de biens, de l'incapacité générale qui pèse sur elle, ne mentionne pas les obligations. Ce texte donne

à la femme la libre administration de ses biens et la disposition de son mobilier, et c'est tout. D'autre part, il n'existe pas, entre le droit d'aliéner le mobilier et le droit de contracter des obligations exécutoires sur ce mobilier, de corrélation nécessaire. Quel est donc le fondement du droit que nous accordons et que tout le monde accorde à la femme de s'obliger, au moins dans une certaine limite ? Ce fondement, nous le trouvons dans le droit d'administration que possède la femme ; la loi, en lui donnant la libre administration de ses biens, lui a donné par là même la faculté de faire tous les actes qui font partie intégrante et nécessaire de cette administration : qui veut la fin, veut les moyens. Or, l'administration ne va pas sans une certaine capacité de s'obliger. C'est pour cela que nous n'avons fait aucune difficulté de reconnaître, au début de cette étude, que la femme peut donner ses biens à bail, passer des marchés de fournitures pour la culture de ses terres, s'obliger envers les domestiques dont les services lui sont indispensables ; il n'y aurait pas d'administration possible si elle était incapable de contracter les obligations qu'engendrent ces différents contrats.

Le droit de s'obliger n'étant pour elle qu'une conséquence de son droit d'administration, il en résulte que l'un est la mesure de l'autre et que, par suite,

elle ne peut pas valablement contracter des obligations étrangères à son administration.

Ainsi, elle ne pourra pas, sans autorisation, contracter des dettes par voie d'emprunt, d'achat, si ce n'est pour les besoins et dans les limites d'une sage administration.

Bien que nous lui reconnaissons le droit d'aliéner ses meubles, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse librement contracter des obligations qui seraient exécutoires sur son mobilier.

Telle est la doctrine aujourd'hui généralement admise.

Il faut reconnaître qu'elle trouve un point d'appui dans le rapprochement de l'article 1449 et des articles 217, 221, 222, 224 et 1124 du code civil.

L'article 217 qui pose la règle d'incapacité de la femme mariée, ne prévoit pas l'obligation qu'elle pourrait contracter. Mais on est d'accord pour admettre que, sans autorisation, elle est incapable de s'obliger, au moins par contrat et par quasi-contrat. Cela résulte bien : 1° de l'article 220, qui, déclarant la femme capable de s'obliger sans autorisation dans un cas particulier, donne par là à entendre qu'en règle générale, l'autorisation est nécessaire ; 2° des articles 221, 222 et 224 qui, exigeant, dans certains cas, que la femme soit autorisée par le juge pour contracter, supposent par là, qu'en règle générale,

elle doit être autorisée par le mari ; 3° enfin de l'article 1124 qui place la femme au nombre des incapables de contracter. La femme ne peut donc valablement s'engager par contrat, sans autorisation.

L'article 1449 accorde expressément à la femme séparée de biens la libre administration de son patrimoine, mais il ne lui donne pas le droit de s'obliger. Cet article ne contient, relativement à la capacité de la femme séparée judiciairement, que des dispositions spéciales. Il laisse par là même, sous l'empire de la règle générale de l'article 217, tous les actes qui n'appartiennent pas à la catégorie de ceux dont il s'est occupé.

On a objecté que, par l'emploi de ces mots : « la femme non commune ou séparée de biens », l'article 217 ne devait faire allusion qu'à l'hypothèse d'une séparation conventionnelle : c'est ce qu'impliquerait l'assimilation faite entre la femme séparée de biens et la femme commune en biens. Nous croyons, au contraire, que le législateur a employé là des termes absolument généraux qui ne souffrent pas de distinction.

On a objecté aussi que l'article 1449 a implicitement dérogé à l'article 217 en conférant à la femme séparée judiciairement le pouvoir de disposer de son mobilier ; ce pouvoir implique, dit-on, celui de l'en-

gager par toutes espèces d'obligations. La jurisprudence a donné jadis dans ces errements (1).

Quelle que soit l'étendue des pouvoirs que l'on reconnaît à la femme en matière d'aliénation de meubles, il est facile de répondre à cette objection.

Si l'on admet que la femme ne peut aliéner ses meubles que pour les besoins de son administration, il n'est pas logique d'accorder qu'elle peut contracter au delà des mêmes limites.

Si l'on admet, au contraire, que la femme a pleins pouvoirs pour aliéner ses meubles, ce n'est pas une raison pour ne pas limiter ses engagements à ce qui est nécessaire à l'administration. Il est indispensable de laisser à la femme séparée de biens le pouvoir de contracter, sans autorisation, des engagements relatifs à l'administration de son patrimoine; au delà de ces limites, la loi considère que ce n'est pas nécessaire, qu'il y aurait même danger à le lui permettre, et que ce serait trop abaisser la puissance maritale.

D'ailleurs, la différence est très grande entre ces deux sortes d'actes juridiques, aliéner et s'obliger (2).

(1) Cass., 21 août 1839, S., 39, 1, 663. La cour de cassation a complètement abandonné cette manière de voir; on la retrouve encore dans certains arrêts des cours d'appel : Alger, 6 juillet 1892, D., 93, 2, 366. « Attendu que la loi qui permet à la femme séparée de biens de disposer de son mobilier et de l'aliéner, de *s'obliger dès lors jusqu'à concurrence de la valeur de ce mobilier...* »

(2) Cass., 25 avril 1882, S., 83, 1, 22; D., 82, 1, 248; Laurent, t. XXII, n° 310.

Et la loi a pu ne pas s'écarter d'une stricte logique en accordant un droit d'aliénation alors qu'elle limitait le droit correspondant d'obligation.

Aubry et Rau mettent très exactement cette pensée en relief : « L'expérience démontre, disent-ils, qu'on est beaucoup plus réservé à se dépouiller d'objets que l'on possède actuellement, qu'on ne l'est à engager son patrimoine dans l'avenir. D'un autre côté, la capacité que l'on reconnaîtrait à la femme d'engager indéfiniment son patrimoine mobilier, laisserait sans garantie les intérêts de son mari et de ses enfants ; ce qui serait évidemment contraire aux motifs sur lesquels repose la nécessité de l'autorisation matrimoniale (1).

Ce sont là des raisons critiquables en soi assurément, mais ce sont elles, à coup sûr, qui hantaient l'esprit du législateur.

Nous considérons donc comme établi, dans l'état actuel de notre législation, que la femme séparée de biens judiciairement ne peut contracter que dans les limites fixées par les nécessités de son administration ; au delà de ces limites, elle devra être autorisée (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 408, note 77.

(2) Battur, t. II, 514 et 652 ; Troplong, t. II, nos 1410-1419 ; Odier, t. I, 405 ; Demolombe, t. IV, n° 163 ; Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 408, texte et note 77 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 101 bis, XII ;

A première vue, cette solution semble, dans une certaine mesure, inconciliable avec celle que nous avons donnée, il n'y a qu'un instant, à propos des actes d'aliénation proprement dits du mobilier. Le principal argument que nous avons invoqué pour généraliser ce droit d'aliénation au profit de la femme, se tire de la très grande difficulté qu'éprouveraient les tiers à découvrir si tel ou tel acte d'aliénation est ou n'est pas relatif à l'administration. Les tiers ne vont-ils pas être dans un embarras identique en ce qui touche les obligations contractées par la femme ? Non, et la raison, c'est que, quant aux actes de cette deuxième catégorie, leur caractère d'actes d'administration se révélera de soi ; les tiers sauront immédiatement à quoi s'en tenir ; ils pourront avec sécurité traiter avec la femme sans exiger l'intervention du mari (Comp. Colmet de Santerre, t. VI, p. 259). Au contraire, il est impossible de dire *a priori* et d'une manière certaine si l'aliénation d'un meuble est ou n'est pas un acte d'administration ; ce sera les circonstances particulières dans lesquelles elle aura eu lieu qui fourniront la solution de cette question. Or, les tiers seront loin d'être toujours parfaitement

Laurent, t. XXII, nos 310-312 ; Guillouard, t. III, n° 1192 ; Cass., 25 avril 1882, S., 82, 1, 441 ; D., 82, 1, 248.— *Contrà* : Taulier, t. V, p. 138 ; Zachariae, § 516, texte et note 57 ; Cass., 16 mars 1813, S. C. N., IV, 1, 300 ; Cass., 18 mai 1819, S. C. N., VI, 1, 74 ; Paris, 3 mars 1832, S., 33, 2, 371.

renseignés sur ces circonstances, et ils seraient exposés à de continuelles déceptions si la loi n'avait présumé que toute aliénation de meubles, quelle que soit la cause pour laquelle elle intervienne, est un acte d'administration. Gardons-nous cependant d'être trop affirmatif : s'il est vrai qu'en principe, les tiers pourront à première vue et sans difficulté discerner si l'obligation que la femme voudrait contracter est ou non relative à l'administration de ses biens, il y a, au contraire, quelques contrats qui ne présentent pas, par eux-mêmes, le caractère d'actes d'administration. Tels sont les emprunts. A l'égard des actes de cette nouvelle catégorie, les tiers retombent dans l'incertitude et les dangers de la première situation, c'est-à-dire celle où il s'agit d'une aliénation de meubles. La femme agit-elle, lorsqu'elle emprunte une somme d'argent, dans un but et dans un intérêt d'administration, ou pour une cause différente ? On ne peut le savoir qu'en se rendant un compte exact de l'état des affaires de la femme et des motifs qui la poussent à contracter : donc la validité de l'obligation dépend des incertitudes d'un point de fait et des chances trompeuses d'un procès. Les tiers sont donc ici encore exposés à un danger ; mais la loi leur laisse à eux-mêmes le soin de l'écarter dans ce cas, en ne consentant à traiter avec la femme, pour peu qu'ils aient quelque doute sur le caractère de l'em-

prunt projeté, qu'avec l'autorisation de son mari, tandis que dans la première hypothèse, celle où la femme aliène son mobilier, c'est la loi qui couvre elle-même et directement les tiers contractants par la présomption que l'aliénation de meubles est un acte d'administration. Si l'on observe maintenant que, de tous les actes que la femme peut faire, à l'occasion de son administration, l'emprunt est de beaucoup le plus dangereux, il n'y a pas à regretter que la femme rencontre pour le conclure plus de difficulté que pour accomplir les actes d'administration proprement dits.

Nous venons de voir que l'obligation contractée par une femme séparée n'est valable que si elle a pour cause l'administration de ses biens. Cette condition est nécessaire ; ajoutons qu'elle est insuffisante, c'est-à-dire qu'il importe peu que l'obligation soit dans l'espèce un acte de bonne ou de mauvaise administration. L'article 1449-1°, qui confère à la femme la libre administration exclut cette distinction ; « la liberté implique le pouvoir de mal faire comme celui de bien faire » (Colmet de Santerre, t. VI, p. 259). D'ailleurs, nous n'avons ici aucun texte analogue à l'article 484-2°, qui déclare les obligations contractées par le mineur émancipé, réductibles en cas d'excès, c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas des actes de bonne et prudente administration.

Une dernière question se pose à propos des obligations que la femme séparée a contractées dans la mesure de son droit d'administration. L'exécution de ces obligations peut-elle être poursuivie même sur les immeubles de la débitrice, pendant comme après le mariage ? Il y a controverse sur ce point : L'opinion la plus juridique consiste à soutenir l'affirmative. La raison de cette solution se trouve dans l'article 2092, aux termes duquel « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, *mobiliers* et *immobiliers*..... ». C'est là le sens de cette vieille maxime : « Qui s'oblige, oblige le sien ». En un mot, il est contraire au principe de l'article 2092 qu'une obligation soit susceptible de donner une action au créancier seulement contre une fraction du patrimoine du débiteur. L'idée très nette qui se dégage de ce texte, c'est que la loi veut donner une sanction efficace à toute obligation dont elle reconnaît la validité. Donc, pour qu'une obligation donne ouverture au droit de gage général de l'article 2092, une seule condition est nécessaire, c'est que l'obligation soit valable en soi. Or, cette condition est remplie par hypothèse, puisque nous supposons l'obligation contractée par la femme pour l'administration de ses biens.

Plusieurs auteurs sont d'un avis contraire ; ils se fondent sur le 3° de l'article 1449 qui défend à

la femme séparée de biens d'aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari ou de justice. Il n'est pas permis de faire indirectement, dit-on, ce qu'on ne peut faire directement. La femme séparée, ne pouvant aliéner ses immeubles seule et directement, ne doit pas pouvoir donner à ses créanciers le droit de les aliéner en son nom. A cette objection, plusieurs réponses. La première et la plus décisive se résume dans l'idée que nous avons déjà plusieurs fois exprimée, que l'incapacité d'aliéner et l'incapacité de s'obliger *sont deux incapacités parallèles, mais qui ne se déduisent pas l'une de l'autre*. De là deux conséquences : nous avons formulé la première, en disant que l'obligation contractée en dehors des besoins de l'administration, ne pouvait être amenée à exécution même sur les seuls meubles de la femme quoiqu'elle eût pu les aliéner valablement. La deuxième conséquence en sens inverse est que, si l'obligation est relative à l'administration, et par suite civilement efficace, l'exécution peut en être poursuivie même sur les immeubles que la femme aurait été cependant incapable d'aliéner directement sans autorisation. L'article 2092 est général, il ne fait à la femme séparée aucune situation particulière, en l'affranchissant, dans une mesure quelconque, des conséquences que la loi elle-même attache à toute obligation régulièrement formée.

Il n'est donc pas vrai de dire, d'une manière générale, que celui qui ne peut aliéner directement, ne puisse engager ses biens par ses obligations. « L'incapacité d'aliéner, dit Zachariae (t. IV, p. 121), dont le débiteur peut être frappé, ne forme, en général, aucun obstacle à la saisie immobilière des biens ».

On fait observer, en outre, que permettre l'affectation des immeubles aux obligations de la femme séparée, c'est ouvrir la porte aux abus et à la fraude, c'est énerver la disposition de l'article 1449-3° considérée cependant comme d'ordre public. La prohibition de la loi sera tournée, si on laisse saisir sur la femme des biens qu'elle n'eût pu vendre valablement. Cette objection n'est pas fondée car le juge aura toujours le droit et le devoir d'examiner en fait si l'engagement contracté par la femme est un engagement fictif et simulé, par lequel elle a voulu arriver indirectement à l'aliénation de ses immeubles ; dans ce cas, il y aurait évidemment fraude à la loi et cette fraude devrait être réprimée. En dehors de ce cas particulier, il serait tout à la fois contraire à la lettre et à l'esprit de la loi d'enlever à une créance sincère et respectable la sûreté qui lui est due en bonne justice.

Observons en terminant, que si la loi avait restreint au seul mobilier l'effet des obligations valablement contractées par la femme, le crédit de celle-ci eût été

bien gravement compromis, et l'une des principales causes de ce résultat, c'est que la fortune mobilière se dissimule facilement ; de là pour les tiers créanciers des difficultés et des dangers qui les auraient détournés d'entrer en relation d'affaires avec une femme séparée de biens, non autorisée par son mari.

SECTION II. — Des actes que la femme séparée ne peut faire
sans autorisation

Nous arrivons à l'étude de la troisième règle énoncée dans l'article 1449 : « La femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. » Elle ne comporte que de courtes explications.

De ce texte il résulte qu'en aucun cas la femme ne peut seule aliéner ses immeubles. La loi considère que l'aliénation d'un immeuble est un acte de disposition au premier chef, et qui ne peut aucunement se ramener à la notion de l'administration même libre. Et ce que l'article 1449 dit pour la femme commune séparée, d'autres textes le répètent pour la femme commune séparée contractuellement (art. 1538) et pour la femme mariée sous le régime dotal, en ce qui concerne les paraphernaux (art. 1576). Cette insistance de la loi, revenant à plusieurs reprises sur cette impossibilité, pour la femme même séparée, d'aliéner ses immeubles, est remarquable et s'explique par ce

fait qu'autrefois, dans les pays de droit écrit, la femme avait pleine liberté pour aliéner ses paraphernaux. En droit coutumier, au contraire, la femme séparée restait soumise, sur ce point, à la nécessité de l'autorisation. Or ici, comme dans beaucoup d'autres matières, la préférence a été donnée au droit coutumier.

Comment expliquer la différence que la loi établit ici entre les meubles et les immeubles ? Pourquoi maintient-elle l'incapacité de la femme en matière d'aliénation d'immeubles, tandis qu'elle lui permet de disposer de son mobilier sans autorisation ? Il n'y a pas de raison juridique de cette différence.

En droit, la disposition du mobilier et la disposition des immeubles sont des actes identiques. Mais cette différence s'explique, en fait, par une double considération : 1° la loi a été ici, comme dans beaucoup d'autres circonstances, dominée par cette idée de plus en plus inexacte, que la fortune mobilière est de peu de valeur (*vilis mobilium possessio*) ; 2° et c'est là, croyons-nous, la meilleure justification, les effets mobiliers étant sujets à des modifications fréquentes de valeur, une bonne administration peut très souvent conseiller l'aliénation de quelques éléments de cette partie du patrimoine. La valeur des immeubles présente, en général, beaucoup plus de fixité et, par conséquent, leur aliénation n'apparaît

pas comme un acte éventuel de sage administration.

Ce principe, que la femme ne peut aliéner ses immeubles sans y être autorisée, s'étend non seulement à l'aliénation totale, mais aussi à l'aliénation partielle, c'est-à-dire de la constitution de droits réels. La femme ne peut donc hypothéquer, ni grever ses biens de servitude, d'un droit d'emphytéose ou de superficie. Ajoutons qu'elle ne pourrait davantage donner un de ses immeubles à antichrèse pour assurer le paiement d'une dette.

Il y a, cependant, des raisons particulières de douter, en ce qui touche l'hypothèque et l'antichrèse.

Et d'abord, disent quelques auteurs, la femme doit pouvoir hypothéquer pour sûreté d'une dette contractée dans la limite de son droit d'administration. Une première raison, c'est que, si l'on refuse cette faculté, le droit d'administration qui lui appartient va se trouver singulièrement diminué et entraver ; or, ce droit est qualifié de *libre* (art 1449-1°), et, dans l'article 1538, la loi parle d'une *entière* administration. Outre cette considération de fait, on invoque, en droit, l'argument suivant : l'hypothèque n'est que l'accessoire d'une obligation principale ; elle en suit nécessairement le sort ; sa validité dépend de la validité de l'obligation principale. Si celle-ci est du nombre des actes que la femme peut faire seule, l'hypothèque doit être également valide ; par exemple, si, pour

sûreté des loyers ou des conditions d'un bail, ou d'une somme qu'elle s'engage à payer à l'ouvrier qui a réparé ses immeubles, la femme séparée consent une hypothèque sur les mêmes immeubles, nul doute sur la validité d'une telle hypothèque qui ne rend pas pire la condition de la femme et qui n'est que l'accessoire d'une obligation parfaitement valable⁽¹⁾.

Nous croyons, avec la grande majorité des auteurs et avec la jurisprudence, que l'article 2124 impose irrésistiblement la solution contraire. D'après cet article, pour constituer valablement hypothèque, il faut pouvoir aliéner l'immeuble qu'il s'agit d'hypothéquer. Donc, la capacité requise en cette matière est toute spéciale, et il est inexact de dire que, si la personne est capable de consentir l'engagement, elle est, par cela même, capable de consentir l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire. « Autre chose, dit Demolombe, est d'administrer et de contracter à cet effet de simples engagements, autre chose est d'hypothéquer ; c'est là toujours un acte très grave, qui altère le crédit du débiteur et le crédit public ; et je conçois qu'à ceux-là mêmes auxquelles la loi reconnaît la capacité d'administrer, elle n'accorde pas la capacité d'hypothéquer ».

Il y a là, au contraire, deux ordres d'idées tout à

(1) Toullier, t. II, n° 1298 ; Duranton, t. III, n° 673 ; Zachariae, t. I, n° 265.

fait distincts. C'est par application de ce principe que le tuteur, qui peut très certainement obliger le mineur pour cause d'administration, est cependant incapable de consentir une hypothèque, même pour cette cause, sur les immeubles du mineur (art. 2126, c. civil). Cet article, qui parle des mineurs d'une façon générale, conduit à décider de même pour les mineurs émancipés ; ils ne peuvent accorder d'hypothèque pour sûreté des obligations personnelles que la loi leur permet de contracter. Enfin, on conçoit très bien que cette solution soit étendue à la femme séparé de biens, malgré les larges pouvoirs d'administration qui lui sont conférés ; car autre chose est d'administrer et de contracter, à cet effet, de simples engagements, autre chose est d'hypothéquer ; c'est là toujours un acte très grave qui altère profondément le crédit du débiteur et le crédit public.

Seule, l'hypothèque judiciaire sera accessible aux créanciers ; on ne peut redouter pour elle les effets, car, à la différence de l'hypothèque conventionnelle, qui est spéciale, celle-ci est générale et frappe tous les biens présents et à venir. En outre, et c'est là un effet notable de la séparation de biens, l'hypothèque frappera la toute propriété des immeubles de la femme et non plus seulement la nue propriété. Quant à l'inscription hypothécaire, une jurisprudence récente décide : « Si les femmes mariées sont dispen

sées d'inscrire leur hypothèque légale pendant la durée du mariage, elles sont tenues, quand elles l'inscrivent, de faire connaître l'état des sommes dont elles sont créancières, si ces sommes sont connues et déterminées, notamment par la liquidation des reprises ayant suivi la séparation de biens judiciaire (1).

En ce qui concerne l'antichrèse, un premier point certain, c'est que, si l'obligation pour sûreté de laquelle l'immeuble a été donné par la femme en antichrèse, n'a pas sa cause dans les besoins de son administration, tout sera nul, l'obligation elle-même, et par voie de conséquence, le contrat accessoire d'antichrèse: *accessorium sequitur principale*. Mais supposons l'obligation valable comme ayant été contractée dans la limite permise à la femme; c'est alors que la question se pose et la difficulté tient au doute qui plane sur la véritable nature de l'antichrèse. On admet bien universellement que l'antichrèse est une sûreté qui consiste, pour le créancier, dans la mise en possession d'un immeuble, avec faculté d'en percevoir les fruits, pour les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, ensuite sur le capital de sa créance, ou pour le total sur ce capital, si la créance n'est pas productive d'intérêts. Mais, il est

(1) Bordeaux, 26 février 1907, S., 907, 2, 193.

beaucoup plus délicat de savoir si l'on doit considérer l'antichrèse comme un acte de disposition du mobilier, comme une délégation de fruits ou une sorte de bail dont le prix est payé d'avance, ou bien comme une aliénation immobilière, excédant, par suite, la capacité de la femme séparée de biens.

Quoiqu'il n'y ait pas (du moins à notre connaissance) de décision judiciaire tranchant la question en principe, la jurisprudence incline manifestement vers la solution d'après laquelle la constitution d'antichrèse n'est pas permise à la femme séparée de biens. C'est l'impression qui se dégage des considérants d'un arrêt de la Chambre des requêtes, du 22 novembre 1841. Cet arrêt décide que la femme séparée ne peut, sans l'autorisation de son mari ou de justice, abandonner en antichrèse la jouissance d'un immeuble, dont l'usufruit lui a été légué, même pour payer une dette de succession. Et si, comme nous l'avons dit, l'arrêt ne contient pas une décision de principe, tranchant la question dans tous les cas, c'est qu'il appuie en grande partie sa solution sur cette considération que, dans l'espèce, la femme n'était tenue que comme usufruitière et ne devait payer la dette que concurremment avec le nu-propriétaire, dans la mesure fixée par l'article 612 du code civil, tandis que l'antichrèse devait subsister jusqu'au paiement intégral de la dette, c'est-à-dire pendant un temps indé-

terminé. Néanmoins, il semble bien résulter de cette décision que, par sa nature, l'antichrèse est plutôt un acte de disposition qu'un acte d'administration, quelque large qu'on la suppose ; et nous nous rattachons complètement à cette manière de voir. La raison qui nous paraît décisive, c'est que l'antichrèse n'intervenant que pour réaliser un emprunt ou obtenir un délai pour le paiement d'une dette contractée, présente un danger tout particulier. Bien différent est le bail dans lequel l'aliénation des fruits à venir a pour cause une redevance annuelle qui est la représentation des fruits aliénés et qui est un acte nécessaire pour la conservation et la mise en valeur du fonds.

L'impossibilité, pour la femme séparée, d'aliéner seule ses immeubles, entraîne celle de transiger sur ses droits immobiliers. Aux termes de l'article 2045, il faut en effet, pour pouvoir transiger, avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (1). Quant à ses droits mobiliers, il en est autrement, nous l'avons vu.

La femme ne peut contracter un emprunt sans l'autorisation du mari, à moins qu'elle ne l'ait fait pour les besoins de son administration ; elle ne peut pas con-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 410 ; Guillouard, t. III, n° 1028. La femme séparée ne peut pas davantage transiger avec son mari en dehors des cas prévus par l'article 1595, car transiger, c'est aliéner, (Dalloz, Jurisprudence générale, v° *Transaction*, n° 49).

tracter une obligation de faire, comme, par exemple, contracter un engagement théâtral. Sur ce dernier point il y a en outre une raison de convenance (1).

Elle ne peut pas accepter une donation, ainsi que cela résulte de l'article 217, à cause des charges qui pourraient y être attachées. Mais ici une autre considération s'ajoute encore, c'est le caractère compromettant que pourrait avoir, au point de vue moral, la donation faite à la femme (2).

Elle ne peut pas entrer dans une société civile ou, comme associée en nom collectif ou commanditée, dans une société commerciale, à raison de la responsabilité qu'elle assumerait (3).

La femme séparée ne peut pas non plus accepter une succession, car par là elle s'oblige d'une façon indéterminée (4).

Pour la même raison, elle ne peut pas cautionner, ni en matière commerciale donner un aval (5); elle ne peut pas faire des opérations de bourse à terme (6); elle ne peut pas souscrire des actions non entièrement libérées.

(1) Demolombe, t. IV, n° 165.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 409-410; Laurent, t. XXII, n° 316; Guillouard, t. III, n° 1205.

(3) Laurent, t. XXII, n° 319; Guillouard, t. III, n° 1207.

(4) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 409.

(5) Alger, 6 juillet 1892, D., 93, 2, 366; Laurent, t. XXII, n° 318.

(6) Cass., 20 décembre 1862, S., 63, 1, 257; Limoges, 12 décembre 1868, S., 69, 2, 104.

Peut-elle exercer un commerce distinct de celui de son mari, sans autorisation ?

Il ne semble guère que la question puisse être douteuse, attendu que l'article 4 du code de commerce dit formellement que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Le législateur n'a pas fait d'exception pour la femme séparée de biens. A ses yeux, l'exercice d'une profession commerciale est susceptible de conséquences matérielles et morales trop graves pour ne pas échapper à la classe des actes de libre administration. Comment d'ailleurs concilier, dans l'opinion contraire, l'article 7 du même code, qui autorise la femme marchande publique à engager et même à aliéner ses immeubles, avec l'article 1449-3°, qui lui défend de disposer de ces mêmes biens, sans être dûment autorisée ? Et nous n'aurions pas songé à nous arrêter à cette question, sans un arrêt de la cour de Caen (4 octobre 1844), qui a, d'une façon tout à fait abusive et erronée, cru pouvoir baser, sur le simple fait de la séparation et du jugement intervenu à cet effet, le principe d'une autorisation pour la femme de faire un commerce séparé. En admettant même que l'autorisation du mari ne soit pas absolument nécessaire à la femme pour se livrer au commerce, encore faut-il que le tribunal l'y autorise d'une façon formelle et spéciale. Car, comme nous l'avons observé, l'exer-

cice d'une profession commerciale est tout à fait en dehors de la sphère des actes d'administration, dans laquelle seule elle peut librement se mouvoir. Mais il y a plus : le droit pour les tribunaux d'autoriser la femme à faire le commerce et de suppléer le mari à cet égard est des plus contestables. L'article 4 du code de commerce semble s'y opposer d'une manière absolue. La plupart des auteurs, tout en reconnaissant qu'il peut y avoir utilité, dans certaines hypothèses, à l'admission de la solution la plus libérale, la plus favorable à la femme, c'est-à-dire à celle qui accorderait au juge le droit d'autoriser celle-ci à se livrer au commerce, déclarait que la lettre de la loi écarte cette solution (1).

Nous croyons que la solution la meilleure est celle qui concilie, dans la mesure du possible, les exigences de la pratique avec le texte de la loi ; elle consiste à dire qu'en principe la justice ne peut pas autoriser la femme (2), sauf à tempérer ce principe, en admettant que le juge jouira exceptionnellement du droit d'autorisation « s'il y a abus manifeste de la puissance maritale (3). Et la femme séparée qui, autorisée par son mari, exerce un commerce, est

(1) Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. I, n° 63.

(2) Trib. de Lyon, 16 janvier, 13 mars 1869, D. P., 69, 3, 29.

(3) Boistel, *Droit commercial*, 3^e édit., p. 70 et suiv.

personnellement commerçante et seule soumise aux obligations résultant de cette qualité, alors même que le mari l'aiderait à détailler les marchandises (1).

Enfin, quelle est la situation de la femme séparée en matière d'actes judiciaires ?

La règle à cet égard est des plus simples, et se résume dans cette proposition unique : La femme, après comme avant la séparation, est incapable d'agir en justice sans le consentement de son mari ou sans l'autorisation de la justice ; l'article 215 est formel : « La femme ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique.... ou *séparée de biens* (2). Aucune disposition particulière ne dérogeant à ce texte fondamental, dans l'hypothèse d'une séparation de biens, son application s'impose d'une manière absolue et sans restriction. Donc, peu importe que l'action soit immobilière ou mobilière et que la femme soit demanderesse ou défenderesse, elle ne peut plaider valablement qu'autant qu'elle est dûment autorisée.

(1) Cass., 5 novembre 1900, D., 900, t. VIII, 2, 174.

(2) Il est vrai que l'article 197 du code civil roumain ne parle pas de la femme séparée de biens, mais l'incapacité de la femme résultant du mariage, l'autorisation du mari ou de la justice est demandée pour chaque femme, en général, peu importe le régime choisi par les époux. L'article 52 (l'ancien art. 51) du code de procédure civile allemand dit, au contraire, que la capacité d'ester en justice n'est pas restreinte par la qualité de femme mariée. « Die Prozessfähigkeit einer Frau wird dadurch, dass sie Ehefrau ist, nicht beschränkt. »

Un arrêt de la cour de cassation (13 novembre 1844) résume nettement cette doctrine : « le principe est général et doit recevoir son application dans tous les cas où la femme comparaît en justice, soit en demandant, soit en défendant, quelle que soit la nature de l'action qu'on intente, ou l'objet de la demande dirigée contre elle. »

Par application de ce principe, la femme devra se faire autoriser, même lorsque le procès à soutenir sera relatif à l'administration de ses biens ; à la rigueur, on pourrait hésiter à admettre cette solution, et cela pour plusieurs raisons : et d'abord cette solution n'est pas conforme au caractère de l'administration qui est confiée à la femme ; celle-ci administre librement ; elle jouit, dans cette sphère, des pouvoirs les plus larges ; ce droit d'administration ne va-t-il pas être notablement restreint et énervé, si, même dans les procès relatifs aux actes d'administration, vous exigez que la femme soit autorisée ? Et si l'on suppose que la femme a contracté une obligation se rattachant à l'administration de ses biens, ne peut-on pas dire que le créancier, qui a pu acquérir son droit de créance sans la nécessité d'aucune autorisation dans la personne de la femme, doit pouvoir librement aussi l'exercer et le réaliser ?

En second lieu, cette solution est contraire à la tradition. En effet, dans l'ancien droit français, la

femme séparée de biens était relevée de son incapacité d'ester en jugement, pour ce qui concernait l'administration de ses biens (1). Quelques coutumes accordaient même ce droit, indépendamment de toute séparation, à la femme marchande publique, pour ce qui concernait son négoce (2).

Quelle que soit la valeur de ces considérations, la règle actuelle est certainement différente de la règle ancienne ; la femme séparée ne peut soutenir un procès sans autorisation, dans aucun cas et sous aucun prétexte ; l'article 215 est absolu. Nous n'avons pas à relever ici l'exception apportée au principe par l'article 216 du code civil, cette exception ne trouvant pas son application au cas spécial de séparation de biens, mais, dans toute hypothèse, avant comme après la séparation. Il est d'ailleurs très facile de justifier la modification introduite par le législateur moderne : en effet, les actes d'administration sont fréquents, pour ainsi dire de tous les jours, et si la femme avait dû, pour chacun de ses actes, recourir à l'autorisation de son mari, son administration aurait été perpétuellement entravée et rendue impossible en fait. Au contraire, les procès sont rares ; plaider, même pour cause d'administration, est toujours une chose exceptionnelle. A cette considération fondamentale, on

(1) Pothier, *Traité de la puissance maritale*, n° 61.

(2) Pothier, *ibidem*, n° 62.

peut ajouter ce motif subsidiaire, que les procès sont particulièrement graves à plusieurs points de vue, et notamment en ce que c'est le nom du mari qui serait prononcé et mêlé aux débats de l'audience, sur l'action intentée pour ou contre la femme. C'est plus qu'il n'en faut pour justifier l'exigence de la loi, au point de vue de l'autorisation en matières d'actes judiciaires.

La femme peut-elle compromettre ? Le soin que nous avons pris d'examiner cette question, à l'occasion des actes judiciaires, fait assez pressentir notre solution. Nous considérons, en effet, que compromettre, c'est plaider, à certains égards, et que, par conséquent, ici encore, l'article 215 exige que la femme soit autorisée. On peut même dire que c'est par *a fortiori* qu'on doit interdire à la femme de compromettre seule, car le compromis offre plus de danger, à un certain point de vue, qu'un procès ordinaire ; en effet, le tiers ou les tiers, à qui l'on remet la décision du point contesté, sont loin d'offrir toujours les garanties de savoir et d'indépendance d'un tribunal.

Dans le sens de l'affirmative, on pourrait cependant invoquer, avec une grande apparence de raison, l'article 1003 du code de procédure civile : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Or, la femme a la libre administration de ses biens et la disposition de son mobilier ; donc elle doit pouvoir valablement

compromettre sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier. Mais cet argument est absolument neutralisé par un argument en sens contraire que fournit l'article suivant du même code : « On ne peut compromettre sur aucune des contestations qui sont sujettes à communication au ministère public, » et les causes des femmes non autorisées de leur mari sont précisément de ce nombre (art. 83, c. proc.) ; donc elles ne sont pas susceptibles de compromis.

En vain fait-on remarquer qu'en pratique, il serait très utile à la femme de pouvoir librement compromettre sur de petites difficultés relatives à l'administration ; que ce ne sont là, à vrai dire, que des actes d'administration proprement dits, d'administration courante. En vain on insiste sur cette circonstance que le compromis est un acte de juridiction toute privée, ne donnant lieu à aucun débat public et qu'à son égard, les motifs de la règle contenue dans l'article 215, code civil, ne se rencontrent plus : l'article 215 du code civil et l'article 1004 du code de procédure, combinés, sont absolument décisifs ; la femme ne peut compromettre sans autorisation.

La femme séparée peut saisir mobilièrement. Mais il faut bien remarquer qu'elle devra être autorisée pour plaider sur les incidents de la saisie.

En ce qui concerne la saisie immobilière, elle

devra être autorisée, car cette saisie implique l'obligation éventuelle de rester adjudicataire pour le montant de la mise à prix.

Enfin, il nous semble hors de doute que l'autorisation maritale sera nécessaire à la femme séparée pour figurer dans une procédure d'ordre comme dans toute autre action en justice (1).

SECTION III. — De la contribution de la femme séparée de biens aux dépenses communes.

La femme séparée de biens, qui reprend l'administration de sa fortune, en reprend aussi la jouissance, quoique la loi ne le dise pas ; il n'y a aucun doute sur ce point. Mais cette jouissance ne lui est pas abandonnée purement et simplement ; elle ne la recouvre que sous la condition essentielle de contribuer aux charges du mariage. C'est là un nouvel aspect de notre sujet qui doit nous arrêter quelques instants, d'autant plus que les questions qui se rattachent à cet ordre d'idées présentent un intérêt pratique considérable.

L'article 1448 porte : « La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à l'éducation des enfants communs ;

(1) Demolombe, t. IV, n° 124 ; Zachariae, § 472, note 4 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 139, texte et note 8.

elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari. »

Que la femme séparée, qui reprend l'administration de ses biens et la libre disposition de ses revenus, soit tenue de participer aux dépenses du ménage, rien de plus facilement explicable : en effet, la simple séparation de biens laissant inctacts les rapports entre les personnes, il est clair que les charges du mariage, qui étaient supportées par la communauté, continuent à subsister, et qu'elles doivent se répartir, entre les époux, dont les intérêts sont devenus distincts. Quant à la proportion dans laquelle la femme doit contribuer à ces dépenses (art. 1448), elle s'explique aussi très bien et se justifie par cette considération que « la contribution proportionnelle résulte de la convention primitive des époux, que le code suppose mariés en communauté légale et ayant mis par conséquent leurs revenus en commun; or, la volonté de la loi est de ne déroger aux conventions matrimoniales qu'autant qu'il y a nécessité absolue pour sauver la dot, nécessité qui n'apparaît pas quand il s'agit de régler la contribution de la femme dans les dépenses » (1). Ce point de vue rend très bien compte de la différence qui existe de ce chef entre la femme séparée judiciairement et la femme séparée contrac-

(1) Demante et Colmet de Santerre, liv. VI, 99 *bis*.

tuellement qui ne contribue aux charges du mariage que jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, à moins de stipulation contraire dans son contrat de mariage (art. 1537). Notons en passant que cette différence qui ressort des deux textes précités (art. 1448, 1537) est beaucoup plus apparente que réelle. En effet, supposons une femme mariée sous le régime de séparation contractuelle ; sa part contributive aux charges du mariage pourra très bien, même en l'absence de toute stipulation particulière insérée au contrat du mariage, excéder le tiers de ses revenus, si le mari ne peut suffire aux dépenses communes avec ses propres ressources ; et si le mari est absolument sans fortune, elle devra, comme au cas de séparation judiciaire, supporter intégralement les charges du mariage ; les articles 203 et 212 du code civil imposent cette solution. Le résultat final est donc le même dans les deux cas, mais résulte de principes différents.

L'application de l'article 1448 a donné lieu à bien des contestations et notamment aux quatre questions suivantes, qui résument à peu près toutes les difficultés de cette matière.

1° La femme doit-elle verser entre les mains du mari le montant de sa part contributive dans les dépenses communes ?

2° Le mari peut-il, pour s'assurer l'exécution des

obligations imposées à la femme par l'article 1448, exiger d'elle une garantie quelconque ? Peut-il notamment retenir l'administration de partie de ses biens ?

3° Si la femme, en exécution du 2° alinéa de l'article 1448, a supporté entièrement les frais de ménage et d'éducation, a-t-elle droit à une récompense, de ce chef, en cas de retour du mari à meilleure fortune ?

Ces trois questions se réfèrent à l'application de la règle posée dans l'article 1448, dans les rapports des époux entre eux.

4° La quatrième et dernière question a trait aux rapports des époux avec les tiers et consiste à savoir si la femme est personnellement tenue à l'égard des créanciers, pour dépenses de ménage et d'éducation.

L'idée fondamentale qu'il faut tout d'abord mettre en relief et qui domine plus ou moins complètement toutes ces questions, c'est que la puissance maritale survit à la séparation de biens ; ni la séparation de biens, ni la restitution de la dot ne la font disparaître. La puissance maritale est un effet du mariage ; elle commence avec lui et ne finit qu'avec lui (art. 213 et 1388, c. civil). Or, le mariage subsiste après la séparation de biens, quoique la communauté soit dissoute : donc la femme séparée reste en principe

sous l'autorité et sous la dépendance de son mari pour tous les actes autres que ceux à l'égard desquels la loi l'a expressément ou implicitement soustraite à cet état de dépendance. Cette idée très simple, mais essentielle, va nous fournir à elle seule la solution de notre première difficulté. Nous pensons que la femme doit remettre à son mari sa part contributive et c'est au mari à faire emploi de cette somme. La raison c'est qu'après, comme avant la séparation, c'est à lui que revient la direction intérieure des affaires domestiques. Qu'importe que la communauté soit dissoute et qu'il n'y ait plus de biens communs? Il reste toujours des dépenses communes et c'est le mari qui doit les régler, car c'est lui qui est le chef de la famille sous tous les régimes, soit qu'il y ait communauté, soit qu'il n'y en ait pas. L'article 1388 du code civil ne laisse aucun doute sur ce point. Cet article ne dit pas, en effet, que les époux ne peuvent déroger par leur contrat de mariage aux droits.... qui appartiennent au mari comme chef de la *communauté*, mais simplement aux droits qui appartiennent au mari comme *chef* ; expression générale et absolue, conférant au mari la prééminence dans la société conjugale sans aucune espèce de distinction. Une autre raison, également décisive, d'admettre cette solution, c'est que, de l'avis de tous, c'est ainsi que les choses doivent se passer en cas de séparation

contractuelle. Or, il n'y a pas de motif juridique d'adopter une décision contraire dans l'hypothèse d'une séparation ordonnée par justice.

Cependant, peut-on dire, si, dans la pure logique du droit, la même solution s'impose dans les deux cas, il est impossible de nier qu'en fait, une différence profonde existe, au point de vue qui nous occupe, entre la situation de la femme séparée judiciairement, et la situation de la femme séparée par contrat de mariage. Au premier cas, la séparation de biens a eu pour but de la soustraire à la misère, conséquence inévitable des dissipations du mari ; cette considération est étrangère à la séparation contractuelle, ou tout au moins n'a pas la même force, puisqu'alors l'expérience n'a pas nécessairement attesté le désordre du mari et ses habitudes de dissipation. De là l'objection suivante au système que nous avons admis, n'est-ce pas méconnaître le but de la loi et détruire le bénéfice du jugement de séparation, que de contraindre la femme à remettre de nouveau à son mari dissipateur, les sommes qui représentent sa part contributive dans les dépenses du ménage et de lui fournir ainsi un moyen de les dissiper ailleurs ? N'est-ce pas retirer à la femme, d'une main, ce qu'on vient de lui donner de l'autre ? Cette objection est grave sans doute ; mais doit-elle

nous faire abandonner notre premier sentiment ?
Nous ne le croyons pas.

Faisons remarquer d'abord qu'il est inexact de prétendre que la solution admise par nous, détruit le bénéfice du jugement de séparation. La femme a réussi, par cette mesure protectrice à mettre à l'abri sa dot qui était en péril, à soustraire à son mari l'administration de ses biens, la disposition de ses capitaux, la perception de ses revenus. C'est bien quelque chose. Ajoutons que ce sont là tous les effets civils de la séparation de biens, qu'il faut se garder de considérer comme un remède efficace et préventif à tous les maux et à tous les dangers auxquels une femme est exposée, quand elle a contracté une union mal assortie. En outre, la femme ne sera pas absolument désarmée devant les actes par lesquels le mari dissiperait à nouveau les revenus affectés aux besoins du ménage ; à ces actes de dissipation, par lesquels le mari aurait aggravé ses torts, la femme pourra répondre par une demande en séparation de corps ou en divorce, fondée sur ce que le mari la laisse manquer du nécessaire et ne lui procure pas, par exemple, une habitation convenable. Il y aurait là (nous le pensons du moins, car ceci est contesté) une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps ou en divorce. Donc, nous maintenons que la femme, simplement

séparée de biens, ne peut garder en main les sommes pour lesquelles elle doit participer aux charges communes; elle ne peut non plus les employer elle-même et directement.

Dans quelle mesure et suivant quel mode aura lieu cette contribution? C'est ce que l'article 1448 nous dit en ces termes : « La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. Elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari ».

La loi ne fixe pas à forfait la part contributive de la femme; elle sera déterminée d'après une proportion entre deux quantités soumises à des variations continuelles, les ressources respectives du mari et de la femme. Il résulte que la femme devra supporter seule les charges du ménage et les frais de l'éducation des enfants, dans les cas où le mari sera sans ressources, et les termes de l'article 1448 en font une obligation directe et personnelle à la femme, en sorte que, le cas échéant, elle ne serait fondée à former de ce chef aucune répétition contre son mari (1).

On décide même généralement que la femme séparée est intégralement tenue, en cas d'insolvabilité

(1) Aubry et Rau, t. V, § 405, texte et note 62; Laurent, t. XXII, n° 280.

du mari, et cette idée est confirmée par une jurisprudence récente : « La femme séparée de biens, qui doit contribuer aux frais du ménage proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, n'est tenue de supporter intégralement ces frais qu'en cas où le mari, ou sa succession, est tout à fait insolvable » (1).

Telle est la mesure dans laquelle la femme séparée de biens est tenue de contribuer aux charges du ménage dans ses rapports avec son mari.

Le législateur a pris ces dispositions, souvent très onéreuses pour la femme, tout à la fois en considération de l'état de fait qu'a motivé la séparation et qui suppose le mari dans une situation pécuniaire déplorable et aussi dans le but d'éviter, entre les époux ou plutôt entre le survivant et les héritiers du prédécédé, des comptes irritants, difficiles à établir et capables d'entraîner de pénibles procès. Il faut reconnaître qu'il a été assez heureux dans cette conception.

Qui des époux est tenu vis-à-vis des tiers ? Le mari, répondent les auteurs.

Et, en effet, d'après les principes actuellement en vigueur, il est difficile de décider autrement. Malgré la séparation de biens, le mari demeure le chef de

(1) Cass. 3 juillet 1907, D., XVII, 4, 384; Trib. civ. de la Seine, 18 mars 1909, D., I, 5, 7, Paris, 7 décembre 1907, D., XI, 2, 209.

la société conjugale et, en vertu de son autorité, il ordonne les dépenses et fait les paiements.

On en conclut que la femme doit verser sa part contributive entre les mains du mari et il se forme une sorte de caisse commune dont il détient les fonds et dispose souverainement.

Pothier en décide ainsi : « Le juge, dit-il, doit régler la pension que *la femme doit payer à son mari* avec qui elle demeure » (1).

L'opinion contraire a été soutenue par Laurent (2). Il s'appuie sur le texte même de l'article 1448, d'après lequel la femme doit contribuer aux charges du ménage. Le mot *contribuer* éveille, selon lui, l'idée d'un paiement à faire par l'une des parties à l'autre, mais ne suppose nullement que les créanciers puissent se faire payer par la femme; le droit de poursuite des créanciers, n'est, d'après lui, consacré, en aucun endroit, par la loi. Il ajoute qu'il devait en être ainsi, parce que c'est au mari qu'il incombe de pourvoir aux besoins de la femme et des enfants et de contracter avec les tiers. Il en conclut que la femme, n'ayant aucune qualité pour traiter personnellement avec les tiers, n'est obligée que vis-à-vis de son mari.

Nous n'admettons pas cette interprétation. Outre

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 464.

(2) Laurent, t. XXII, n° 284.

qu'elle ne tient pas compte des principes établis au titre du mariage par les articles 203 et 212, elle a le tort de dénaturer le sens du mot *contribuer* qui s'applique habituellement aux rapports des époux entre eux. Il n'écarte nullement l'idée du droit de poursuite des créanciers que laisse entendre le dernier alinéa de l'article 1448 (1).

La femme séparée, pouvant être exposée aux poursuites des créanciers, aura nécessairement le droit d'exercer un contrôle sur l'emploi des deniers. Elle devra s'assurer que les tiers, qui ont traité avec le mari dans la limite des pouvoirs de celui-ci ont été réellement payés. C'est là pour elle un droit quelque peu illusoire.

Pour éviter le danger, un moyen efficace serait d'admettre la femme à payer directement les créanciers. Lorsque les habitudes de dissipation du mari, après avoir amené sa ruine et motivé la séparation, persistent, il serait raisonnable, semble-t-il, d'éviter la remise des fonds entre ses mains.

La jurisprudence l'a admis et des arrêts ont décidé que, par exception, la femme pourrait payer directement les fournisseurs, maîtres de pension, etc., lorsqu'il y aurait lieu de craindre que les fonds ne reçoivent pas leur destination (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 403, texte et note 67.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 5-6, p. 403, texte et note 65 ; Guillouard, t. VIII, n° 1223.

Certes, nous applaudissons à un tel procédé qui sauvegarde les intérêts de la femme sans aucun préjudice pour le mari. Mais dans l'état actuel de la législation, on peut le considérer comme un expédient d'une légalité contestable (1). Il implique, en effet, une dérogation aux règles de la puissance maritale qui donne au mari la qualité de chef du ménage.

On a beau faire remarquer que le désordre des affaires du mari, qui a entraîné la séparation, justifie cette marque de défiance ; il n'en est pas moins vrai qu'aucun texte n'autorise actuellement cette dérogation (2).

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n° 187.

(2) Nous n'examinerons pas les autres questions; elles ne soulèvent pas des questions de capacité et sont par conséquent en dehors de notre sujet.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DE LA SÉPARATION DE BIENS, QUAND ELLE INTERVIENT AU COURS DU RÉGIME DOTAL

Dans le chapitre III, livre III, 65 du code civil, consacré au régime dotal, la loi parle à deux reprises de la séparation de biens : 1° dans l'article 1561, 2° alinéa : « Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage sont imprescriptibles pendant le mariage... ; ils deviennent néanmoins prescriptibles après la séparation de biens... » ; 2° Dans l'article 1563 : « Si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants. » En dehors de ces deux textes, la loi ne prononce même pas le mot de séparation de biens dans l'étude qu'elle fait du régime dotal.

Un point certain, c'est d'abord que la femme dotale peut demander la séparation de biens, si sa dot est mise en péril (1). Mais comment la dot peut-elle être

(1) Grenoble, 26 décembre 1900, S., 900, 2, 300.

mise en péril sous un régime qui rend cette dot inaliénable ? La possibilité d'un tel résultat est facile à concevoir, si l'on admet que la dot mobilière est aliénable dans le système de la jurisprudence ; mais même dans l'opinion inverse, ce résultat est possible, car le mari peut compromettre la dot, et motiver, de la part de la femme, une demande en séparation de biens, soit en négligeant de poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux, si l'action de la femme contre les tiers et son recours contre lui doivent être inefficaces ; soit en dissipant les deniers dotaux dont il est devenu propriétaire, sans que sa fortune personnelle offre une garantie suffisante de restitution ; soit enfin en n'employant pas aux besoins du ménage les fruits et revenus des biens dotaux. Supposons donc la séparation obtenue, quel est alors le sens de la portée des articles 1561-2° et 1563 combinés ? En un mot, quel est le système du code civil sur la séparation et notamment sur les effets qu'elle produit, quand elle est prononcée sous le régime dotal.

Section I. — De la persistance de la dotalité et ses effets.

Quelques auteurs ont pensé (1) et quelques décisions de jurisprudence ont admis (2) que la sèpara-

(1) Toullier, Delvincourt.

(2) Tribunal de Tournon, 31 février 1810, et Nîmes, 23 avril 1812, S., 13, 2, 270.

tion de biens avait ici pour effet, comme au cas de communauté, de faire cesser le régime préexistant et de se substituer entièrement à lui. D'où la conséquence que, après la séparation prononcée, non seulement l'administration et la jouissance des biens jadis dotaux passeraient du mari à la femme, mais encore que l'inaliénabilité, cet effet caractéristique du régime dotal, s'effacerait pour l'avenir. En d'autres termes, les époux se trouveraient dès lors purement et simplement placés sous le régime de séparation de biens.

Si cette interprétation était exacte, notre tâche se trouverait singulièrement simplifiée. Nous n'aurions pas un mot à ajouter à ce que nous avons dit précédemment à propos de la séparation de biens obtenue par une femme commune. Tous les effets de la séparation, constatés dans cette première hypothèse, se produiraient ici sans aucune espèce de modification. Les deux situations seraient entièrement réglées par l'article 1449.

Cette doctrine ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique, car la doctrine et la jurisprudence sont fixées en sens contraire ; donc, dans notre hypothèse, le régime de séparation de biens se combine avec le régime dotal plutôt qu'il ne le remplace.

Dans quel sens et dans quelle mesure l'inaliénabilité

bilité, qui survit à la séparation de biens, modifie-t-elle les effets de cette séparation tels qu'ils sont analysés dans l'article 1449, telle est la question difficile et délicate entre toutes, que nous devons examiner. La loi n'a pas touché ce point. Elle contient donc une lacune.

Nous pensons que la femme mariée sous le régime dotal diffère, au point de vue de sa capacité, de celle mariée sous tout autre régime et notamment sous le régime de communauté, mais que la différence profonde de situation qui existe entre elles, en ce qui touche l'efficacité des actes qu'elles ont pu consentir, dérive du caractère particulier qu'imprime aux biens le régime dotal. En d'autres termes, l'impuissance où se trouve la femme dotale d'aliéner ses biens dotaux, soit par un acte qui la dépouille actuellement, immédiatement de la propriété, tel que vente, échange, etc., soit par une obligation personnelle qui renferme le droit accordé au créancier de faire saisir et vendre les biens du débiteur (art. 2092-2204 c. civ.), cette impuissance qui existe en dépit de l'autorisation maritale, tient à une incapacité spéciale, distincte de l'incapacité générale qui atteint toute femme mariée; elle tient à une indisponibilité des biens particulière au régime dotal; et « l'indisponibilité d'un bien, dit M. Planiol, ne peut jamais s'expliquer que par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner, *c'est une*

incapacité frappant une personne. Dire : « le bien dotal ne peut pas être aliéné », c'est dire que son propriétaire a perdu le droit d'en disposer ; cela ne peut pas signifier autre chose et ceux qui croient y voir une autre idée sont dupes d'une simple transposition de mots dans la phrase : seules, les *personnes* peuvent ou ne peuvent pas agir ; leurs biens sont toujours le sujet *passif* de leurs actes ; quand un *bien* ne *peut* être aliéné, c'est que son *propriétaire ne peut* pas en disposer » (1).

Étudions maintenant les effets de cette incapacité spéciale et examinons la question dans l'hypothèse d'une séparation de biens. Nous sommes ainsi ramenés à l'objet particulier de cette étude.

Quelle est l'étendue de l'indisponibilité des biens dotaux ; quelles en sont, d'une façon précise, les conséquences pratiques ?

Pour résoudre cette question, il est indispensable de prendre tout d'abord parti sur la question fondamentale de savoir si la dot mobilière est ou n'est pas aliénable.

On soutient que, dans l'état actuel de la législation, la dot mobilière est aliénable (2). (Argument de

(1) Planiol, t. III, n° 1524, p. 252.

(2) Nous ne pouvons songer à traiter cette question d'une manière approfondie. Notre but est simplement de dégager les différentes solutions possibles pour en tirer les conséquences relativement au point que nous étudions.

l'article 1554 *a contrario*, et argument tiré de la rubrique de la section II intitulée : « Des droits du mari sur les biens dotaux et de l'inaliénabilité du *fonds* dotal) ».

Il y a une autre opinion, que la dot mobilière est inaliénable. On invoque surtout la tradition dans les pays de droit écrit ; la dot mobilière était, dit-on, aussi inaliénable que la dot immobilière. Or, les rédacteurs du code ont entendu consacrer le régime dotal tel qu'il était anciennement conçu et organisé. A cette objection on répond d'abord que, même en admettant que le prétendu principe de l'inaliénabilité des meubles dotaux ait été constant autrefois, il n'en serait pas moins inadmissible aujourd'hui, en présence des textes contenus au chapitre III, titre V, livre III du code civil. Ces textes, loin de révéler l'intention qu'on prête au législateur de 1804, consacrent formellement l'intention contraire ; on répond, en second lieu, qu'il est faux que l'inaliénabilité de la dot mobilière ait jamais été un principe constant, un des principes constitutifs du régime dotal, même dans l'ancien droit français. Il est très vrai que le Parlement de Bordeaux et quelques autres localités avaient étendu à la dot mobilière l'inaliénabilité des immeubles ; mais il s'en faut de beaucoup que cette extension soit jamais devenue la règle générale ; la plus grande partie des pays de droit écrit n'ont jamais

connu que le système romain, qui restreignait l'inaliénabilité *au fonds* dotal, c'est-à-dire aux seuls immeubles dotaux (1).

Enfin, on fait valoir, en faveur de la doctrine de l'inaliénabilité, de puissantes considérations d'intérêt pratique ; mais ces considérations, qui seraient décisives, s'il s'agissait de faire la loi, ne peuvent être invoquées quand il s'agit simplement de son interprétation. Ajoutons que l'inaliénabilité est une règle profondément exorbitante et rigoureuse, dont l'application doit se restreindre aux cas où le législateur a clairement manifesté l'intention de l'admettre.

Quelle sera, dans ce système — de la dot mobilière aliénable — la situation de la femme dotale séparée relativement au droit de disposer de ses biens ? Elle sera la même que celle de la femme commune qui a obtenu un jugement de séparation, sauf deux différences essentielles : 1° Si la séparation a mis fin au régime de communauté, les obligations contractées par la femme séparée, dans l'intérêt de l'administration de ses biens, seront exécutoires même sur ses immeubles. Au contraire, la femme dotale séparée ne peut engager ses immeubles par ses obligations même relatives à l'administration de ses biens ; 2° la femme dotale séparée ne peut aliéner ses immeubles

(1) Gaius, Com. II, par. 63 ; *Institut. de Justinien*, liv. II, t. VIII, pr.

dotaux même avec l'autorisation de son mari ou de la justice (sauf les cas d'exception prévus par la loi); en d'autres termes, l'application de l'article 1449-3° est ici écartée.

Quant aux premier et deuxième alinéas de l'article 1449, ils sont ici pleinement applicables. La femme dotale, après séparation, a l'administration libre de ses biens. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner, soit indéfiniment et pour quelque cause que ce soit, si elle a employé la voie de l'aliénation directe, soit seulement pour les besoins et dans les limites de son administration, si elle en a disposé par voie d'obligation.

Deux autres opinions se sont produites sur la condition de la dot mobilière. Quelques auteurs enseignent qu'elle est absolument aliénable, comme l'immeuble dotal; les objets corporels qui ne sont pas devenus la propriété du mari, ne peuvent, en principe, être aliénés ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf, bien entendu, les cas d'exception admis pour l'immeuble dotal qui s'étendent incontestablement à la dot mobilière et sauf aussi l'application de l'article 2279, mais à supposer que le meuble corporel ait été vendu et livré, la vente non suivie de livraison devrait être annulée. Les meubles incorporels, tels que créances nominatives, rentes sur l'Etat, actions de la banque, obliga-

tions de chemin de fer, auxquels ne s'applique pas la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre, » ne peuvent faire l'objet d'une cession valable. Si l'on suppose que le mari est devenu propriétaire de meubles dotaux (choses qui se consomment par le premier usage ou meubles estimés sans stipulation que l'estimation ne vaut pas vente), ce qui est inaliénable alors, c'est la créance de la femme contre son mari, ainsi que l'hypothèque légale qui en garantit le remboursement.

A côté de l'inaliénabilité absolue de la dot mobilière, se place la doctrine de l'inaliénabilité relative ; c'est celle de la jurisprudence actuelle ; doctrine mixte, intermédiaire entre les deux autres. Cette troisième opinion peut se résumer dans les deux propositions suivantes : 1° le mari a libre et entier le droit de disposer des valeurs, meubles corporels et créances, composant la dot de la femme ; 2° la femme n'a, sur les biens meubles apportés en dot, qu'un droit susceptible de se convertir en une créance contre le mari, créance indisponible entre ses mains, non seulement en elle même, mais aussi quant aux sûretés qui l'accompagnent.

Les conséquences qui résultent, en cas de séparation de biens, du système de l'inaliénabilité absolue de la dot, sont faciles à déduire. Ce sont les effets inverses de ceux que nous avons admis, en décidant

que la dot mobilière est aliénable et qui se résument tous dans cette formule générale, que la femme, après la séparation, ne peut disposer de ses meubles dotaux ; ils sont, en effet, assimilés aux immeubles au point de vue du droit de disposition. Nous allons retrouver ces effets plus complètement analysés en nous occupant des conséquences du système de l'inaliénabilité relative auquel nous arrivons. Ces conséquences sont, d'après la jurisprudence, tout à fait opposées à celles que l'on serait logiquement tenté d'en tirer. En effet, la jurisprudence admet, et c'est là le premier des deux principes fondamentaux de son système, que la dot mobilière est pleinement disponible entre les mains du mari ; elle a même poussé cette idée jusqu'à ses plus extrêmes limites. C'est ainsi qu'elle a décidé notamment :

1° Que le mari peut céder une créance dotale et cela lors même que la créance ne serait pas encore exigible ; d'où résulterait que si la femme obtenait la séparation de biens avant l'échéance de la créance cédée, mais après le transfert, elle serait bien et dûment dépouillée et le droit du cessionnaire serait opposable à tous, quelle que fût l'insolvabilité du mari (sauf bien entendu le cas de fraude de la part des tiers : *fraus omnia corrumpit*).

2° Que le mari peut compenser ce qu'il doit avec ce qui est dû à sa femme.

3° Que les créanciers du mari peuvent saisir les meubles de la femme.

Quelque contestables que soient ces différentes déductions, soit dans leur principe, soit au point de vue des inconvénients qu'elles entraînent pour la femme, admettons-les un instant avec la jurisprudence et reconnaissons que le mari peut incontestablement disposer de la dot mobilière. N'est-il pas extraordinaire, ce premier principe admis, de voir la jurisprudence refuser à la femme, après la séparation de biens, le droit qu'elle accorde si librement au mari avant la séparation ? La chose que le mari peut aliéner est incontestablement aliénable ; comment le seul fait de la séparation de biens peut-il la rendre inaliénable ? La séparation ne saurait créer l'inaliénabilité ; elle déplace l'administration et la donne à la femme en l'enlevant au mari. Il y a là un défaut d'harmonie, une contradiction évidente. La raison donnée par la jurisprudence de la transformation qui s'opère dans le caractère de la dot, c'est que la femme n'offre pas, comme le mari, la garantie de l'hypothèque légale. Cette explication est insuffisante. En résumé, si les deux systèmes sur l'inaliénabilité de la dot mobilière se séparent profondément dans leurs données générales avant la séparation, ils se rapprochent, au contraire, et se confondent, une fois la séparation intervenue. Ceux qui considèrent les

meubles dotaux comme inaliénables même par le mari diront que la dot mobilière, par suite de la séparation, ne cesse pas d'être inaliénable. Ceux qui les déclarent disponibles entre les mains du mari diront qu'ils deviennent inaliénables entre celles de la femme. Mais, abstraction faite des formules différentes qu'impose l'idée première de chaque système, le résultat est le même dans les deux cas : la femme séparée de biens ne peut disposer de sa dot mobilière.

Examinons, d'une façon précise et détaillée par quelles décisions pratiques se traduit cette indisponibilité de la dot mobilière après la séparation.

La femme séparée, même autorisée de son mari, ne peut céder des créances non encore exigibles, des rentes perpétuelles ou viagères, vendre des meubles corporels faisant partie de la dot (1).

Elle ne peut déléguer ses reprises mobilières, soit totalement soit partiellement, pour le paiement des dettes du mari ou de celles qu'elle a contractées après la séparation (2).

Elle est également incapable de compromettre ou de transiger relativement à sa dot mobilière. Par application de cette idée, la Cour de cassation a jugé (3)

(1) Cass., 11 novembre 1867, S. 68, 1, 17; Tribunal civil de Grenoble, 14 mars 1872, S. 72, 2, 249.

(2) Cass., ch. civile, 12 mars 1866, S. 66, 1, 159.

(3) Cass., 14 novembre 1846, S. 46, 1, 824.

que la femme ne peut valablement renoncer au bordereau de collocation qui lui a été délivré sur le prix de vente d'un bien appartenant à son mari, pour la remplir de sa dot, alors même que la renonciation aurait eu lieu *aliquo accepto*, sous forme et à titre de transaction sur les contestations élevées relativement à la validité de la collocation (1).

Les créanciers envers lesquels la femme est valablement obligée, ne peuvent poursuivre l'exécution de leurs créances sur la dot mobilière, quelle que soit sa consistance. Ce principe est-il tout à fait absolu ? Un arrêt de la cour de Paris du 2 juin 1831 (2) semble l'écarter, en disant que les meubles de la femme mariée sous le régime dotal sont soumis au privilège du bailleur. Mais il n'y a là qu'une fausse apparence, car dans l'espèce de cet arrêt les meubles, quoique rachetés en emploi d'immeubles dotaux, n'étaient pas eux-mêmes dotaux.

Dans une autre hypothèse, la Cour de cassation a certainement dérogé à son principe, en admettant que les dettes contractées pour la conservation d'une chose dotale sont exécutoires sur les biens dotaux (3). Cette solution, qui s'explique par les circonstances particulièrement favorables dans lesquelles elle est

(1) Cass., ch. civile, 22 août 1865, S. 65, 1, 398.

(2) Cour Paris, 2 juin 1831, S. 31, 2, 195.

(3) Cass., 26 juin 1867, S. 67, 1, 290

intervenue, n'est cependant pas rigoureusement logique ; de là une restriction apportée par beaucoup d'auteurs à la doctrine de la Cour suprême : l'acquittement de pareilles obligations doit d'abord être poursuivi sur les revenus dotaux, et ce n'est qu'à défaut de preuve ou en cas d'insuffisance des revenus que le créancier pourra être autorisé à saisir les capitaux dotaux ; pourra être autorisée, disons-nous, c'est-à-dire que même le créancier particulièrement favorable dont nous nous occupons ne pourra pas saisir directement et de plein droit les biens dotaux ou le prix en provenant ; la saisie n'est permise qu'autant qu'il existe une permission de la justice admettant l'affectation du bien dotal à la créance.

C'est encore un point constant que les débiteurs de créances dotales ne peuvent prétendre compenser ce qu'ils doivent avec ce qui leur est dû par la femme séparée (1) ; ce serait vouloir saisir indirectement les créances.

Enfin la femme ne peut céder l'hypothèque qui garantit ses reprises ou y renoncer. Toute subrogation par elle consentie devrait être considérée comme entachée d'une nullité absolue. Cette décision en contient une autre qui en découle directement. La femme séparée, dont les reprises sont garanties par

(1) Grenoble, 21 décembre 1908, S., 1908, 2, 129.

l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari ou par une hypothèque conventionnelle sur ceux de son débiteur, ne peut, en cas de faillite de l'un ou de l'autre, participer au concordat avec la masse des créanciers ; elle aliénerait, en effet, une partie de sa créance et la garantie qui s'y trouve attachée (art. 508, c. comm.).

Du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la jurisprudence a déduit une autre conséquence intéressante. L'immeuble donné par le mari à la femme en paiement de sa dot mobilière, après la séparation de biens, n'est pas dotal ; va-t-il pouvoir être saisi par les créanciers de la femme ?

Voici comment la question se pose : dire que cet immeuble n'est pas dotal, c'est dire qu'il est aliénable ; or, il s'agit de savoir si tout ce qui est aliénable est par là même saisissable. Grave controverse sur ce point. Il est à peine utile de faire remarquer que les partisans de la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière n'éprouvent aucune hésitation devant cette difficulté, ou plutôt que cette difficulté n'existe pas dans leur doctrine ; l'immeuble forme le gage des créanciers qui peuvent incontestablement le saisir, sans que l'on puisse même concevoir l'idée d'un obstacle à leur action.

Parmi les partisans de la doctrine inverse, un grand nombre professe la même opinion, mais avec une

réserve importante qu'impose le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Les créanciers de la femme séparée peuvent saisir ce bien, sauf le droit pour celle-ci de reprendre sur le prix d'adjudication une somme égale au montant de ses reprises dotales, dont le bien était le gage et la représentation ; c'est là notamment la solution de la jurisprudence (1). Cela suppose, bien entendu, que le bien donné par le mari à la femme en paiement de ses reprises a augmenté de valeur au moment où les créanciers en poursuivent la vente ; sans cela, les créanciers n'auraient aucun intérêt à cette poursuite. Le grand avantage de cette solution, c'est de concilier le droit, qu'il semble impossible de dénier aux créanciers, de faire saisir et vendre le bien qui n'est pas dotal, avec le principe protecteur de la dot mobilière. A l'idée de subrogation qui n'est pas juridiquement admissible, on substitue celle de la représentation ; l'immeuble représente la dot mobilière, d'où la conséquence qu'il ne peut être saisi et vendu qu'à la condition que la femme ait la certitude de retrouver dans le produit de la vente le montant de sa dot mobilière qui doit rester intacte. Toutes les décisions de la jurisprudence sur cette question consacrent ce principe. Elles diffèrent seulement lorsqu'il s'agit de déterminer

(1) Cass., S. 71, 1, 115.

d'une façon précise les garanties qui assureront la reprise de la femme. Par exemple, la cour de Toulouse laisse aux créanciers la liberté la plus absolue de faire vendre l'immeuble, mais elle reconnaît à la femme un droit de préférence sur le prix jusqu'à concurrence de ses deniers dotaux (1). D'après la cour de Grenoble, la vente aux enchères publiques se poursuivra aux risques et périls des créanciers saisissants qui devront, avant la saisie, donner caution de faire monter les enchères à un prix tel que la femme puisse prélever sans aucune perte toute la partie de sa dot mobilière qui se trouve représentée par l'immeuble (2). D'autres décisions soumettent les créanciers soit à un remboursement préalable de la dot (3), soit à la consignation du capital dotal (4). Mais ce sont là questions de détail ! L'idée essentielle est que les créanciers peuvent saisir l'immeuble « à la charge de faire ressortir la partie de la dot mobilière représentée par le bien saisi » (5).

Dans la pureté des principes, cette jurisprudence n'est pas à l'abri de toute critique ; on peut principalement diriger contre elle les deux objections sui-

(1) Cour de Toulouse, 28 février 1860 ; S. 60, 2, 705.

(2) Cour de Grenoble, 4 mars 1868 ; S. 68, 2, 207.

(3) Montpellier, 21 février 1854 ; S. 53, 2, 673.

(4) Bordeaux, 14 mai 1857 ; S. 57, 2, 547.

(5) Aubry et Rau, liv. V, par. 539-3°

vantes : 1° elle arrive à donner à la femme un véritable privilège en dehors des cas prévus par la loi ; 2° elle conduit à ce résultat inadmissible que la femme va être créancière d'elle-même sur son propre immeuble. Mais, il faut reconnaître, dès qu'on s'attache à l'idée que la dot mobilière est inaliénable, qu'il est bien difficile de se rendre à l'argumentation rigoureuse qui nous semblerait devoir conduire à autoriser la saisie pure et simple de l'immeuble ; c'est encore là un des correctifs nombreux par lesquels la jurisprudence n'hésite pas à faire échec aux principes pour donner satisfaction à des intérêts pratiques de premier ordre.

D'autres vont plus loin encore dans cette voie : ils refusent aux créanciers tout droit de saisie. Pour eux, l'immeuble cédé, tout en demeurant aliénable, n'est saisissable sous aucune condition. Cette opinion a été fortement soutenue par M. Bertauld (1) et consacrée par un arrêt de la cour de Caen (2). La doctrine de la Cour de cassation nous paraît avoir cet avantage de s'écarter moins sensiblement que la doctrine contraire des principes rigoureux du droit et de donner cependant à l'intérêt de la femme une garantie très suffisante.

(1) Bertauld, *Questions de droit*, I, p. 504 et suiv.

(2) Cour de Caen, 15 février 1870, S., 70, 2, 117.

SECTION II. — Le caractère du droit d'administration
et ses conséquences

Cette circonstance, que la femme dotale séparée ne peut pas disposer de sa dot mobilière, réagit nécessairement sur le caractère de son droit d'administration ; nous ne pouvons plus dire ici, comme nous le disions à propos de la femme commune ayant obtenu un jugement de séparation, que « les aliénations de meubles sont des actes d'administration par définition de la loi. » Le droit d'administration de la femme apparaît donc à ce point de vue notablement restreint ; ce n'est plus un droit *de libre*, mais *de simple* administration qui lui est conféré et ce langage est expressément consacré dans un arrêt de la Cour de cassation (1). De là plusieurs conséquences qui sont à peu près unanimement admises dans le système que nous examinons. Ainsi la femme ne pourra placer ses capitaux dotaux en rente viagère ; car, au fond de cet acte, il y a une aliénation définitive. Elle ne pourra pas non plus convertir des titres nominatifs en titres au porteur ; quoique cette opération ne s'analyse pas en une aliénation immédiate, cependant elle est un acheminement à l'aliénation ; elle présente pratiquement de très grands dangers au point de vue de la conservation de la

(1) Cass., 4 juillet 1884, D., 82. 1, 195.

valeur représentée originairement par le titre nominatif (loi du 27 juillet 1880, art. 10). Jugé également qu'elle ne peut surenchérir, car elle pourrait arriver par là indirectement à aliéner sa dot. De même, elle sera, en principe, incapable de transiger relativement à sa dot mobilière, car la condition essentielle de la transaction, c'est de pouvoir disposer des objets qui s'y trouvent compris. En un mot, tout acte qui doit avoir pour résultat d'amoindrir ou de compromettre la dot ne peut être valablement accompli. Cette doctrine a été consacrée pour le cas de transaction par un arrêt de la Cour de cassation (1) : « Attendu qu'aux termes de l'article 2045, confirmatif des anciens principes, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ; attendu que s'il y a un avantage pour la femme séparée dans la transaction, cet avantage possible ne suffit pas pour valider une disposition de biens dotaux prohibée par la loi, et non autorisée par le juge. »

Mais à ce principe la jurisprudence apporte une restriction importante ; la femme dotale a le droit de transiger sur ses droits dotaux litigieux (2), pourvu que la transaction soit faite dans la vue d'éteindre un procès sérieux dont l'issue pourrait compromettre

(1) Cass., S., 1843, 2, 282.

(2) Trib. Lyon, 21 juillet 1894, Defrénois, *Répert. général*, art. 9077.

la dot, et que les résultats obtenus par cette transaction constituent un acte de prudente administration. Les arguments que produit la jurisprudence permettent de généraliser la solution admise pour le cas particulier d'une transaction : on peut dire que, dans la pensée de la Cour de cassation, tout acte conservatoire de la dot, fait par la femme, rentre dans son droit d'administration et doit, par suite, être considéré comme valable, si cet acte constitue un acte de bonne gestion ; en d'autres termes, le droit d'administration dont la femme est investie vient tempérer, dans une certaine mesure, les conséquences de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Et pour le compromis ? Il n'est pas douteux que la femme soit incapable d'y procéder. Nous avons admis cette solution pour la femme séparée sous le régime de communauté ; *a fortiori*, devons-nous la maintenir pour la femme dotale séparée ?

On reconnaît, au contraire, sans difficulté, à la femme le droit de faire seule les actes de pure administration ; c'est ainsi qu'elle pourra donner à bail ses meubles et ses immeubles dotaux, pour une durée *maxima* de neuf années, dans l'opinion générale (1), même pour une durée supérieure, d'après celle que nous avons exposée ci-dessus ; recevoir le paiement

(1) Caen, 22 janvier. 1886, Defrénois, *Répert. gén.*, art. 3721.

de ses créances dotales à leur échéance (1) et par suite consentir, après le paiement, la mainlevée des inscriptions hypothécaires qui garantissaient ces créances. Mais la femme qui reçoit de son mari le montant de ces reprises, ou d'un de ses débiteurs le remboursement d'une créance ou d'une rente dotale, est-elle tenue de faire emploi de ces capitaux ou de fournir caution (2) ? Nous touchons ici à l'une des questions les plus délicates et les plus controversées de la matière. Eliminons d'abord deux hypothèses qui ne présentent aucune difficulté.

1° La condition d'emploi a été imposée au mari par le contrat du mariage. Le doute alors n'est pas possible; la femme, reprenant l'administration des biens dotaux, sera tenue de toutes les obligations que le contrat de mariage avait imposées au mari, en ce qui concerne l'emploi, et cette clause fait naître, à la charge du débiteur qui paie, l'obligation de surveiller l'emploi ;

2° La deuxième hypothèse est celle prévue par les articles 1558 et 1554 du code civil, relative à un cas exceptionnel d'aliénation de l'immeuble dotal; la loi ordonne, s'il y a un excédent de prix, d'en faire l'emploi au profit de la femme; ici encore, la femme séparée sera soumise, de plein droit, à cette obliga-

(1) Cass., 12 juin 1991, S., 1901, 1, 124.

(2) Cass., 12 juin 1901, S., 1901, 1, 124.

tion. Un doute, cependant, est possible, même dans ces deux cas, que nous avons présentés, cependant, comme exempts de toute difficulté. Ne pourrait-on pas dire que la condition d'emploi a été stipulée dans le contrat de mariage, ou qu'elle est exigée par la loi elle-même dans une vue de défiance contre le mari, et comme une précaution prise pour restreindre ses droits, et que la femme, jouissant du droit d'administrer la dot, n'a pas à prendre de précaution contre elle-même ? Cette opinion a été soutenue, mais elle est très généralement repoussée, et avec raison ; car ce n'est pas seulement en vue de la famille entière, que la cause d'emploi a été stipulée ou imposée (1). Ajoutons que l'influence du mari est toujours à craindre, même alors qu'il n'a pas plus en main l'administration des biens dotaux (2).

Plaçons-nous, maintenant, en dehors de ces deux hypothèses et supposons, notamment, que la clause d'emploi n'a pas été insérée dans le contrat de mariage ; la femme séparée est-elle tenue, néanmoins, d'observer cette condition pour pouvoir toucher le capital de sa dot ?

Même remarque ici que tout à l'heure, à propos de l'immeuble donné à la femme en paiement de ses reprises et de la question de savoir si ses créanciers

(1) Paris, 11 décembre 1902, D., 903, 5, 260.

(2) Cass., 10 novembre 1897, S., 98, 1, 358.

peuvent le saisir. La nouvelle question que nous examinons ne se pose pas plus que la précédente dans l'opinion de ceux qui considèrent la femme dotale séparée comme absolument maîtresse de sa dot mobilière. Puisqu'elle peut disposer de ses valeurs dotales avec une entière liberté, il serait contradictoire d'exiger d'elle, au moment où elle en reçoit le remboursement, une garantie quelconque de conservation.

Soutient-on, au contraire, que la dot mobilière est inaliénable aux mains de la femme, on se heurte à de très sérieuses raisons de douter. Le régime dotal resterait incomplet, dit-on, le principe de l'inaliénabilité deviendrait illusoire, si la femme pouvait, comme le mari, toucher les capitaux dotaux, sans être tenue d'en faire emploi. Avant la séparation, l'intérêt de la femme, et par là même celui de la famille, était sauvegardé par l'hypothèque légale contre les dilapidations du mari ; après la séparation, cette garantie n'existe plus, les intérêts de la famille ne sont plus aucunement protégés. Comment admettre, dès lors, que cette dot inaliénable puisse être remise à la libre disposition de la femme ? Incapable de faire des cessions-transports, de contracter des dettes exécutoires sur ses meubles dotaux, elle pourra dissiper impunément, en folles dépenses, les capitaux versés entre ses mains. Théoriquement, ces

valeurs, ces capitaux sont bien indisponibles, mais l'indisponibilité, qui s'opposera efficacement aux aliénations résultant d'actes juridiques, sera impuissante à prévenir l'aliénation de fait, celle qui s'opère de la main à la main. En outre, on fait remarquer que, si l'on n'admet pas la nécessité pour la femme de faire emploi de sa dot, la séparation de biens, loin de réaliser le but que le législateur lui a assigné, ira très souvent contre ce but même ; que, dans bien des circonstances, autant vaudrait laisser la dot entre les mains du mari que hâter l'époque de sa restitution pour la confier à une femme inexpérimentée, irréfléchie et incapable de résister aux influences. Le danger, dit-on, est augmenté plutôt que diminué, sans compter que cette mesure extrême de la séparation, à laquelle on aura recouru, aura profondément et inutilement troublé la paix intérieure de la famille. On propose surtout l'hypothèse suivante : Supposez une séparation de biens, non plus principale, mais accessoire à la séparation de corps ; la cause de la séparation n'est pas alors la mauvaise administration du mari et le désordre de ses affaires ; elle se rattache à un autre ordre d'idées ; le mari était peut être un administrateur soigneux et diligent ; il offrait une responsabilité hypothécaire pleinement suffisante. Eh bien ! la femme va retirer ses valeurs mobilières des mains d'un semblable administrateur, et elle

pourra immédiatement les dissiper. Et si, ajoute-t-on, la séparation est prononcée pour cause d'adultère de la femme, qui, en réalité, aura la disposition de ces valeurs ? C'est le complice de cette femme. A ces considérations très graves, on ajoute un argument historique ; déjà, en droit romain, ce système s'était fait jour : « *Manente matrimonio, non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest* » (1). Ces mots : « *non perditurae uxori* », sont caractéristiques et relèvent bien chez le législateur l'intention d'entourer la restitution de la dot de toutes les garanties possibles de conservation. L'ancien droit français était plus explicite encore sur ce point : tous les Parlements du Midi étaient unanimes pour imposer à la femme certaines précautions, dans le but d'assurer la conservation de la dot après la séparation de biens ; ces garanties consistaient dans l'emploi ou le bail de caution (2).

D'après les partisans de l'inaliénabilité actuelle de la dot mobilière, le code civil a entendu adopter le régime dotal, tel qu'il existait dans les pays de droit écrit ; or, n'est-il pas logique de penser que, si le principe fondamental de ce régime a été maintenu (l'inaliénabilité tant des meubles que des immeubles),

(1) L. 73, § 1, D., liv. XXIII, t. III.

(2) Tessier, *Questions sur la dot*, par. 115 ; Benech, *De l'Emploi*, n° 137, 138.

la règle essentielle qui prescrit à la femme, recevant sa dot mobilière, de faire emploi ou de donner caution, et qui n'est qu'une conséquence directe du principe lui-même, a également continué à recevoir son application ?

Ces raisons ont déterminé des auteurs considérables, notamment MM. Tessier et Benech. Cependant, la jurisprudence est en sens contraire (1). Voici ce que disent à peu près tous les arrêts : « Attendu que la femme dotale, séparée de biens, reprend la libre administration de ses biens dotaux, confiés jusqu'alors au mari ; qu'au rang des actes d'administration, l'article 1549 place la faculté de recevoir les capitaux de la dot sans aucune restriction ; que le contrat de mariage pouvait seul y attacher les conditions d'emploi, de bail, de caution ou autres ; que la femme étant, par la séparation de biens, substituée au mari pour l'administration de la dot, reprend nécessairement cette administration aux mêmes conditions, et qu'il ne peut appartenir aux tribunaux de lui imposer, notamment pour la réception de ces deniers dotaux, des conditions que la loi et le contrat de mariage n'ont pas mises à cette réception... » Et les auteurs qui adoptent le sentiment de la Cour de cassation, ajoutent que « le système de garanties orga-

(1) Cass., 25 janvier 1826 ; Cour de Bordeaux, 8 avril 1835., Cass., 12 juin 1901, S., 1901, 1, 124.

nisé par le régime dotal, étant principalement dirigé contre la mauvaise administration du mari et contre l'abus qu'il pourrait faire de son ascendant sur la femme, pour obtenir son concours à des actes contraires aux véritables intérêts de la famille, on s'explique parfaitement que le législateur ait considéré ces intérêts comme suffisamment protégés, après séparation de biens, par le principe de l'inaliénabilité de la dot » (1).

L'avantage nous paraît rester, dans cette discussion, au premier système, qui assujettit la femme à l'obligation de l'emploi. Le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, une fois admis, conduit, ce nous semble, logiquement et nécessairement à cette solution. On dit avec grande raison que la jurisprudence, par la solution contraire, à laquelle elle semble d'ailleurs irrévocablement attachée, se met en contradiction avec elle-même. Elle proclame, en effet, que la dot mobilière est inaliénable aux mains de la femme et au moment où toutes les garanties pour la conservation de cette dot s'évanouissent, où la femme a le plus besoin d'être protégée, elle lui abandonne sans condition des valeurs dont elle peut dissiper en toute liberté. Entendue ainsi, l'inaliénabilité de la dot se réduit à quelque chose de purement théorique, à une

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 620, note 12.

conception spéculative, que les faits démentent tous les jours.

La conclusion pratique, qui se dégage de cette discussion, c'est que les familles prudentes, qui voudront assurer, d'une manière vraiment efficace, la conservation de la dot de leurs enfants en la plaçant sous la sauvegarde du régime dotal, ne devront pas manquer de requérir l'insertion de la clause d'emploi dans le contrat de mariage; cette simple précaution écartera toute difficulté puisque, de l'aveu de tous, l'obligation imposée de ce chef au mari, passe de plein droit à la femme séparée.

SECTION III. — De l'exercice des actions dotales
et de la jouissance des biens dotaux

En reprenant l'administration de ses biens, la femme reprend l'exercice des actions dotales et la jouissance des biens dotaux.

Elle reprend d'abord l'exercice des actions dotales, ce point nous fournit l'explication de la décision très remarquable de l'article 1561-2°, qui établit la cessation de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux après la séparation. Le Tribunat, qui fit introduire cette règle nouvelle, la justifiait ainsi : « La section pense aussi que la séparation de biens doit faire une exception à l'imprescriptibilité, dans le cas de l'article 170, puisque la femme séparée a la liberté de ré-

clamer ses biens entre les mains des tiers, parce que le but de la séparation est de lui donner le droit d'en jouir, et que, dans le cas de cet article, on ne peut la considérer comme réputée retenue par la crainte maritale (1).

Elle reprend aussi l'administration de ses biens dotaux. A ce propos, deux questions : 1° la femme dotale séparée, de même que la femme commune qui a obtenu sa séparation, ne recouvre la jouissance de ses biens qu'à la condition de contribuer aux charges du ménage. Mais quelle sera ici la mesure de sa contribution ? 2° Cette jouissance est-elle libre aux mains de la femme ? C'est la question bien connue de l'inaliénabilité et de la saisissabilité des fruits et revenus dotaux.

§ 1. — DE LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MÉNAGE

Lorsqu'elle est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou lorsqu'étant mariée sous le régime dotal, elle n'a que des paraphernaux, la femme contribue à l'acquittement des frais du ménage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, sauf convention contraire (art. 1537-1575). Lorsque la séparation judiciaire vient succéder au régime de communauté, la mesure de la contribution de la femme est fixée

(1) Locré, t. XIII, p. 227.

par l'article 1448, « elle doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs ; elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari. »

Que décider dans notre hypothèse (nous supposons que la fortune de la femme n'est pas exclusivement paraphernale) ?

La solution qui se présente naturellement à l'esprit est d'appliquer ici l'article 1448 (arg., art. 1563). Mais nous croyons qu'elle doit être repoussée. Et d'abord, l'argument que l'on tire de l'article 1563, qui renvoie aux articles 1443 et suivants, parmi lesquels figure, dit-on, l'article 1448, n'est nullement décisif ; on peut très bien soutenir, en effet, que ce renvoi n'est pas général, absolu, mais qu'il n'a qu'une portée restreinte et ne concerne que les causes et les formalités de la séparation, en laissant, au contraire, sous l'empire de la dotalité, les effets de la séparation ; or, la contribution aux charges du ménage est précisément l'un de ces effets. En outre, il y a, en dehors des textes, une raison sérieuse de limiter au cas de séparation intervenue sous le régime de communauté, l'application de l'article 1448 ; l'article 1448 « suppose des époux mariés en communauté ». Il part de cette idée qu'il ne faut déroger à la convention matrimoniale qu'autant que cela est nécessaire pour sauve-

garder la dot. Or, le contrat de communauté comprenait la convention de supporter les dépenses communes proportionnellement aux revenus, puisque les époux mettaient leurs revenus en communauté. Mais telle n'était pas la convention quand le régime adopté était le régime dotal ; la femme devait contribuer aux dépenses en fournissant tous les revenus de ses biens dotaux. On dérogerait gravement au contrat du mariage si, après la séparation, on réduisait la contribution de la femme à une part proportionnelle n'absorbant pas ses revenus ; cette dérogation ne serait pas nécessaire à la conservation de la dot ; par conséquent, dans le silence du code, il faut obliger la femme à fournir tous ses revenus dotaux au mari chargé de subvenir aux dépenses du ménage » (1). Un dernier argument dans ce sens consiste à dire que l'historique de la rédaction du code civil prouve jusqu'à l'évidence que l'article 1448 a été exclusivement rédigé en vue du régime de communauté ; les rédacteurs ne songeaient pas alors au régime dotal.

Connaissant la part contributive de la femme aux charges du ménage, nous avons à nous demander quel sera le mode de contribution. Même solution ici que pour la femme commune séparée, les raisons de

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n° 235 *bis*.

décider sont identiques. La femme devra verser entre les mains de son mari le montant de sa part contributoire, car la séparation n'a pas mis fin à la puissance maritale. Le mari a toujours sa qualité de chef de l'association : il conserve donc la direction des affaires domestiques et notamment le maniement des deniers affectés aux dépenses communes.

§ 2. — DE L'INALIÉNABILITÉ ET DE LA SAISSABILITÉ
DES FRUITS ET REVENUS DOTAUX

Quel est le droit de disposition de la femme sur les fruits et revenus de la dot et, comme corollaire, le droit des créanciers sur ces fruits ? Cette question a soulevé une grave et célèbre controverse, toujours subsistante, et le nombre considérable d'arrêts auxquels elle a donné lieu, témoigne de son importance pratique. Elle mérite donc à ce double titre un sérieux examen.

Observons d'abord, pour bien préciser le terrain de la discussion, que si l'on considère la dot mobilière comme aliénable, la question se restreint aux fruits et revenus des immeubles dotaux. Si, en effet, le capital de la dot mobilière est aliénable et saisissable, à plus forte raison doit-il en être de même des intérêts et arrérages qu'elle produit. Si, au contraire, on décide qu'elle est inaliénable, la question est alors tout à fait générale et s'élève aussi bien à l'égard des

revenus de la dot mobilière que de ceux des immeubles dotaux. Pour plus de simplicité nous ne parlerons que des revenus des immeubles, et la décision que nous donnerons, quant à eux, devra naturellement être étendue aux revenus des meubles ; car, dans les deux cas, la question se pose dans des termes identiques et comporte une même solution.

Avant d'examiner les droits de la femme séparée sur les revenus dotaux, voyons quels étaient les droits du mari à ce même point de vue, avant la séparation. Ces deux hypothèses se lient étroitement l'une à l'autre et ne peuvent guère être étudiées isolément. La question de principe est d'ailleurs la même dans les deux cas.

Donc, 1° des droits du mari sur les fruits des immeubles dotaux ; peut-il les aliéner ? 2° ses créanciers peuvent-ils les saisir ; et, au cas d'affirmative, dans quelle mesure ?

Faisons tout d'abord une distinction fondamentale entre les fruits échus ou perçus et les fruits à venir. Beaucoup de dissentiments, sur la question qui nous occupe, tiennent précisément à la confusion de ces deux points de vue, auxquels il est essentiel de s'attacher séparément.

Le mari a la jouissance de la dot (art. 1549) ; il fait donc les fruits siens, ainsi que l'indique, d'ailleurs, d'une façon manifeste, l'article 1571, aux termes du-

quel « à la dissolution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré pendant la dernière année... » ; ce qui exprime bien nettement que, tant que dure le mariage, ou plutôt que, tant que dure le régime qui donne au mari l'usufruit des biens de la femme, le mari acquiert les fruits au fur et à mesure de leur échéance. Quand il les a perçus, ils deviennent sa propriété ; la conséquence est qu'il en a son absolue disposition, et que ses créanciers ont le droit de les saisir, car ces fruits sont leurs gages, comme tous les autres biens qui se trouvent dans le patrimoine de leur débiteur.

Mais ici déjà on nous arrête. Il existe, dit-on, entre le mari usufruitier des immeubles dotaux et l'usufruitier ordinaire des différences notables et principalement celle-ci : l'usufruitier ordinaire est affranchi de toute obligation quant à la destination à donner aux fruits qu'il acquière, tandis que le mari a, sous ce rapport, contracté des engagements précis. L'attribution de jouissance qui lui est faite a pour objet de concentrer entre ses mains les ressources du ménage pour subvenir aux besoins de la famille ; l'accomplissement par le mari de ce devoir sacré d'affecter aux charges du ménage le revenu qu'il perçoit, ne peut être efficacement garanti qu'à la condition de frapper d'indisponibilité entre ses mains,

sinon la totalité de ces revenus, du moins la part qui est nécessaire au support des charges communes et à l'entretien de la famille ; l'esprit du régime dotal impose cette solution. De là la distinction à laquelle s'est attachée la jurisprudence et qui fait le fond de son système sur toutes ces questions, entre la partie des revenus nécessaire aux besoins du ménage et la partie superflue ; la première étant indisponible entre les mains du mari et à l'abri des atteintes de ses créanciers ; la seconde, au contraire, étant pleinement disponible et se confondant, à tous points de vue, avec ses biens personnels.

Ce système nous paraît inadmissible. Il est très exact que le mari, usufruitier des biens dotaux, doive consacrer l'émolument de cet usufruit aux besoins de la famille ; les fruits ont une destination spéciale que personne ne songe à nier. Mais on va beaucoup trop loin, suivant nous, quand on soutient que cette distinction, à elle seule, a la puissance d'imprimer aux revenus, au moins jusqu'à due concurrence, le caractère de l'inaliénabilité. D'ailleurs, si l'on admet cette conséquence sous le régime dotal, il faut nécessairement l'admettre aussi sous tous les autres régimes, car le principe est invariablement que la jouissance de la dot est donnée au mari avec affectation aux charges du mariage ; or, on n'est jamais allé jusque-là. La seule conclusion logique et

raisonnable à déduire de cette circonstance que le mari n'a droit à la jouissance qu'à la charge de l'employer à l'entretien de la famille, c'est que, s'il n'exécute pas cette charge, s'il méconnaît son devoir en dissipant les fruits et revenus au lieu d'en faire l'usage qui lui était prescrit, il encourra la résolution de son droit d'usufruit conformément aux principes généraux (art. 1184). La femme obtiendra cette résolution par voie de la séparation de biens. Quant à la prétendue inaliénabilité des fruits jusqu'à concurrence des besoins du ménage, elle ne repose sur aucun fondement juridique; l'article 1540 et la distinction des fruits sont, dans cet ordre d'idées, une base absolument fragile et insuffisante. C'est là le point vraiment vulnérable du système que nous combattons; sans compter que les tribunaux, qui devront déterminer ce qui est nécessaire au ménage et ce qui ne l'est pas, auront une tâche délicate et fort difficile à remplir.

Notre principe de solution est donc, dans cette première hypothèse, que le mari devient propriétaire des fruits au moment de leur échéance et peut en disposer d'une manière absolue; c'est le droit commun; pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte formel qui n'existe pas. Et nous rejetons absolument cette idée que l'acquisition des fruits par le mari

n'est que conditionnelle et subordonnée au genre d'emploi qu'il en fait.

Et pour les revenus à échoir ?

Nous adoptons, quant à eux, une solution diamétralement opposée à celle donnée pour les revenus échus. Le mari, sauf le cas où il fait acte d'administration, ne peut aliéner, par anticipation, les revenus de l'immeuble ; il ne peut pas céder son droit aux fruits. Beaucoup d'auteurs et d'assez nombreux arrêts admettent cette décision, mais ils se subdivisent lorsqu'il s'agit de préciser le fondement juridique sur lequel elle repose.

Voici une première explication. Le mari ne peut pas céder les revenus à échoir, parce qu'ils ne sont pas encore dans son patrimoine ; ces revenus, en effet, ne lui appartiennent qu'en proportion du temps échu. Il y a là une erreur, une confusion d'idées. Ce fait, que les revenus ne sont pas encore échus, et, par suite, ne font pas encore partie intégrante du patrimoine du mari, ne s'oppose nullement à la cession ; seulement, cette cession, au lieu d'être pure et simple, est conditionnelle ; elle est subordonnée à la condition que, au moment de l'échéance ou de la perception des revenus cédés, l'usufruit appartienne toujours au mari.

Il faut donc trouver à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité une autre base plus solide et, cette base, nous

croyons la trouver purement et simplement dans l'article 1554. En effet, les revenus qui ne sont pas encore échus n'ont pas d'existence propre et particulière ; ils sont une partie intégrante de l'immeuble qui les produira plus tard ; or, cet immeuble est inaliénable (art. 1554) ; en droit, aliéner la jouissance, c'est aliéner une partie de l'immeuble dotal. Le savant maître, M. Colmet de Santerre, a très fortement établi cette doctrine ; nous demandons la permission de le citer encore textuellement ici, de peur de ne résumer qu'imparfaitement sa pensée : « L'inaliénabilité de l'immeuble dotal fait obstacle, non seulement à l'aliénation totale, mais à l'aliénation partielle, non seulement à l'aliénation sur la propriété, mais à la constitution d'un droit réel de la chose, ce qui nous paraît produire une conséquence très importante, en ce qui concerne le droit de jouissance qui appartient au mari. Ce droit, un démembrement de l'immeuble dotal, ne peut être aliéné par lui. Il ne peut être ni cédé, ni grevé d'hypothèque par le mari et, par conséquent, il ne peut pas faire partie du gage imparfait de ses créanciers et être saisi par eux. Il nous semble que si l'article 1554 a interdit l'aliénation de la dot par le mari seul, c'est l'aliénation de l'usufruit dotal qui était l'objet de l'interdiction..... Qu'on ne dise pas que l'usufruit des biens dotaux n'est pas la dot, puisqu'il appartient au mari et que la dot ap-

partient à la femme. La dot, d'après l'article 1540, c'est ce que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. C'est donc, avant tout, la *jouissance* des biens sur lesquels on établit le droit du mari..... Toute la jouissance est dotale ; l'usufruit dotal comprend le droit à tous les fruits ; donc aucune partie de cet usufruit ne peut être aliéné » (1).

Deux autres systèmes ont été présentés sur la nature des revenus, non encore échus, des immeubles dotaux.

Premier système. — Ces revenus sont parfaitement aliénables *in futurum*, même pour des causes étrangères aux besoins de la famille. Il en résulte que les créanciers du mari doivent être autorisés à saisir, chaque année, au fur et à mesure des échéances, les revenus dans les mains des locataires et fermiers, et cela dans l'ordre des cessions antérieurement consenties (art. 1690).

Deuxième système. — Il repose sur la distinction déjà connue des fruits en deux parties : celle nécessaire aux besoins du ménage et l'excédent. Ces revenus non encore échus ne sont inaliénables que jusqu'à concurrence seulement des besoins de la famille ; quant à l'excédent, il est complètement disponible, pour quelque cause que ce soit. Ce système

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 226 *bis*.

jouit d'une assez grande faveur dans la pratique.

Nous avons réfuté par avance ces deux derniers systèmes, en rattachant l'inaliénabilité et l'insaisissabilité absolues des revenus futurs à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité de l'immeuble dotal lui-même. Pour nous, par conséquent, les revenus ne peuvent être aliénés et saisis que dans les cas prévus et sous les conditions prescrites pour l'aliénation de l'immeuble qui doit les produire, encore qu'il s'agirait des besoins du ménage et de l'administration.

Passons à la seconde des deux hypothèses que nous nous sommes proposées : des droits de la femme sur les revenus des immeubles dotaux après la séparation de biens.

Pour plus de clarté, et aussi pour envisager la question sous son aspect vraiment pratique, recherchons successivement quels sont, relativement à ces revenus, les droits des créanciers de la femme antérieurs, et ceux des créanciers postérieurs à la séparation.

1° Créanciers postérieurs à la séparation

Mêmes difficultés ici et mêmes divergences d'opinion que tout à l'heure, quand il s'est agi de régler les droits des créanciers du mari.

S'agit-il des revenus échus, des fruits perçus ? Ils cessent alors d'être des biens dotaux, et passent dans

la catégorie des biens paraphernaux ; la femme peut en disposer et les créanciers (que nous supposons postérieurs à la séparation de biens), peuvent les saisir sans entrave.

Mais on nous fait l'objection suivante : permettre aux créanciers envers lesquels la femme s'est obligée pour des causes étrangères aux besoins du ménage, de concourir avec les créanciers pour fournitures de subsistances, c'est détourner la dot de sa destination ; les charges du mariage ne sont plus assurées, c'est la violation manifeste des règles essentielles du régime dotal. Cette objection est loin d'être invincible ; elle tombe, croyons-nous, devant les considérations suivantes :

a) Notre doctrine se trouve très heureusement corrigée dans ce qu'elle peut paraître avoir d'excessif, au point de vue spécial que nous venons d'indiquer, par le privilège de l'article 2101-5°, que pourront invoquer les créanciers pour fournitures de subsistances ; si d'autres créanciers viennent saisir les revenus, ils auront toujours la ressource de faire une opposition et de se faire colloquer par préférence, grâce à leur position exceptionnelle ;

b) Il n'est pas mauvais que, sous un régime de conservation à outrance comme le régime dotal, les fournisseurs ne soient pas encouragés à faire trop facilement crédit à leur débiteur ;

c) Enfin il n'est pas exact de dire que notre solution permet indirectement aux époux d'arriver à la vente du bien dotal, en ce sens que la dilapidation des fruits pourrait rendre nécessaire l'aliénation de l'immeuble conformément à l'article 1558 (1), car une telle aliénation n'est possible qu'avec l'autorisation de la justice ; or, les tribunaux n'autoriseront la vente qu'à bon escient et ne seront pas indulgents à la fraude ; si les tiers acquéreurs de fruits avaient colludé avec la femme, il n'y aurait pas, en réalité, valable aliénation de fruits (*fraus omnia corrumpit*).

La controverse est encore plus intense en ce qui touche les revenus à échoir ; deux opinions extrêmes et une opinion intermédiaire sont proposées. Voici d'abord l'opinion intermédiaire qui est celle de la jurisprudence. Fidèle à sa distinction fondamentale, elle n'admet pas que la partie des revenus nécessaire aux besoins du ménage puisse être l'objet d'une saisie des créanciers autres que ceux pour subsistances ; quant à l'excédent des revenus sur les charges communes, il devient le gage commun de tous les créanciers et peut être saisi par eux. La jurisprudence a été longtemps hésitante ; elle paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce sens. Les arrêts suivants formulent d'une façon particulièrement

(1) Bellot des Minières, n° 1132.

nette la pensée de la cour suprême : premier arrêt du 29 juillet 1862 (1) ; il y est dit formellement que « la femme dotale séparée peut valablement s'engager sur les revenus de sa dot jusqu'à concurrence de ce qui excède les besoins de la famille.... » ; deuxième arrêt, du 27 juillet 1875 (2), non moins explicite : « les revenus de la femme mariée sous le régime dotal et plus tard séparée de biens participent à l'inaliénabilité du fond dotal, mais seulement pour la part et portion qui est nécessaire aux besoins de la famille : en conséquence, le superflu resté libre devient le gage des créanciers envers lesquels la femme s'est engagée postérieurement à la séparation et peut être saisi par eux entre ses mains. »

Cette doctrine a été vivement critiquée et avec raison. La distinction qu'elle établit est arbitraire et ne se trouve nulle part dans la loi ; de plus, elle est en pratique d'une application extrêmement difficile. Les charges du mariage sont, comme on l'a dit, non seulement incertaines, mais infinies et innombrables, car elles varient et s'accroissent suivant les nécessités diverses et progressives de la famille, les positions sociales, le nombre des enfants, les chances de maladie, tous les incidents multiples et imprévus de la vie ; et alors, si ces charges viennent à augmenter, le super-

(1) Cass., 29 juillet 1862, S., 63, 1, 444.

(2) Cass., 27 juillet 1875, S., 75, 1, 401.

flu, c'est-à-dire la partie disponible diminuera et alors la femme, après s'être engagée sur une certaine quotité qui, au moment de l'obligation, représentait le disponible, pourra toujours demander à la justice de réduire cette quotité. De là, l'immixtion perpétuelle des tribunaux dans les affaires domestiques et la nécessité d'appréciations fort délicates.

Quelques auteurs ont cru parer aux inconvénients que nous venons de signaler en substituant à la distinction de la jurisprudence, entre la portion des fruits nécessaire au ménage et le superflu, une distinction d'une autre nature : les créanciers auraient action sur l'intégralité des revenus, si les obligations consenties à leur profit, constituaient des actes de bonne administration ; ils n'auraient aucun droit sur ces revenus dans le cas contraire. Ce système a été présenté et soutenu par M. de Raynal, devant la Cour de cassation (1). Mais, loin de lever la difficulté, le nouveau point de vue semble plutôt compliquer davantage. On remplace l'appréciation déjà si délicate que propose la jurisprudence par une appréciation plus impossible encore ; c'est bien ce qui ressort de l'arrêt suivant de la cour de Rouen.

« Si l'on faisait dépendre le sort des obligations des femmes séparées du seul fait de leur bonne ou de

(1) Cass., 7 juin 1864, S., 64, 1, 201.

leur mauvaise administration, ce serait subordonner la condition des créanciers à toutes les surprises qu'elles seraient libres d'employer et donner naissance à autant de procès qu'il y aurait d'obligations par elle contractées dans cet état de séparation » (1).

Mais, ce ne sont là que des critiques de détail. Un obstacle plus invincible s'oppose à ce qu'une portion quelconque des fruits à échoir puisse être prématurément engagée ; c'est l'inaliénabilité de ces fruits qui est de même nature que celle de l'immeuble lui-même. Nous avons déjà développé ce système ; la justice seule pourra, s'il y a lieu, ordonner l'aliénation ou la saisie, conformément aux prescriptions de la loi.

Dans une troisième opinion, on soutient que les revenus dotaux sont entièrement aliénables, de sorte que les créanciers ont le droit d'en saisir la totalité entre les mains de la femme (V. Laurent et Troplong). Si le fonds est inaliénable, dit-on, il est, au contraire, dans la destination et la nature des fruits d'être aliénés ; il faut les aliéner pour en jouir et ce n'est qu'en les aliénant qu'on peut leur faire remplir leur destination ; et on argumente des articles 1448 et 1449 qui imposent à la femme l'obligation de subvenir aux charges du mariage et qui n'établissent

(1) Cour de Rouen, 14 mai 1828, S., 29, 2, 80.

aucunement qu'une portion quelconque des revenus soit indisponible entre ses mains et affectée spécialement aux besoins du ménage. Ces deux articles sont, dit-on, applicables au régime dotal : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Si nous n'avons pas admis le système de la jurisprudence qui admet l'aliénabilité partielle des revenus non encore échus, à plus forte raison devons-nous repousser ce dernier système qui va jusqu'au bout dans la même voie. Notre raison de décider est toujours la même ; on se méprend sur la nature des fruits, des revenus à échoir ; ils ne sont pas encore détachés du fonds ; ils font corps avec lui ; ils en sont une partie juridique et intégrante ; donc ils sont comme lui et au même titre frappés d'inaliénabilité.

En résumé, les créanciers postérieurs à la séparation de biens ont pour gage commun les fruits ou revenus échus ou perçus, sauf l'exercice par les créanciers, pour fournitures de subsistances, du privilège que leur confère l'article 2101-5°. Mais ils n'ont pu acquérir aucun droit sur les fruits et revenus à échoir qui sont protégés contre leurs atteintes par le principe de l'inaliénabilité.

*2° Créanciers antérieurs à la séparation
de biens.*

Les principes auxquels nous nous sommes attachés jusqu'ici ont fait pressentir la solution qui nous paraît s'imposer dans cette seconde hypothèse. Nous ne faisons aucune différence entre les engagements régulièrement contractés par la femme avant et ceux contractés après la séparation. Les fruits et revenus sont dans le patrimoine libre de la femme par rapport aux uns comme par rapport aux autres ; car il résulte des articles 2092 et 2094 qu'aucune distinction ne peut être faite entre les créances, à raison de ce qu'elles sont antérieures ou postérieures à l'entrée des biens dans le patrimoine du débiteur. Par conséquent, à l'échéance de ces revenus, tous viendront en concours.

La jurisprudence a une doctrine nettement établie en sens contraire. Si les titres sont antérieurs à la séparation il y aura, d'après elle, inaliénabilité et insaisissabilité de la totalité des fruits échus depuis cette séparation. Les arrêts abondent sur cette question (1). De sorte qu'elle établit entre les créan-

(1) Cass., 4 novembre 1846, S., 47, 1, 201 ; Rouen, 29 avril 1847 ; Cass., 11 février 1846, S., 47, 1, 203 ; Cass., 18 juin 1859, S., 59, 1, 666 ; Cass., ch. réunies, 7 juin 1864, S., 64, 1, 201 ; Grenoble, 26 décembre 1868, S., 69, 2, 137 ; Paris, 27 mars 1901, S., 901, 2, 189.

ciers antérieurs et ceux postérieurs à la séparation, une distinction bien tranchée : tandis qu'elle reconnaît sans difficulté que la femme, une fois la séparation intervenue, peut librement aliéner et engager tout le superflu des revenus postérieurs à cette séparation, elle refuse, au contraire, aux créanciers dont les titres sont antérieurs à cet événement, toute espèce de droits sur cette même portion de fruits. Empruntons à l'un des arrêts ci-dessus le passage suivant qui est particulièrement caractéristique : « Le superflu des revenus postérieurs à la séparation de biens est pleinement disponible aux mains de la femme et par conséquent ses créanciers peuvent le saisir ; mais il faut pour cela que ces créanciers agissent en vertu de titres postérieurs eux-mêmes à la séparation et non en vertu d'obligations contractées sous la dotabilité pure » (13 janvier 1851).

L'argumentation de la jurisprudence se résume dans cette idée que, quand il s'agit d'obligations antérieures à la séparation, l'excédent des revenus, dont les créanciers voudraient s'emparer, n'était pas à la disposition de la femme au jour de l'engagement, le mari seul en ayant à ce moment la propriété et la disposition. On a, depuis longtemps, réfuté, d'une façon péremptoire, ce point de vue, qui est doublement inexact : 1° d'abord, ces revenus, sur lesquels les créanciers élèvent des prétentions, sont échus

depuis la séparation ; à l'époque de l'engagement, ils n'avaient pas encore d'existence propre ; donc, dès leur naissance, ils ont appartenu à la femme et n'ont jamais été la propriété du mari ; 2° alors même qu'il serait constant qu'au moment où la femme a contracté, les fruits dont il s'agit en fussent trouvés dans le patrimoine du mari, il serait inexact d'en conclure qu'ils échappent pour autant aux créanciers qui ont acquis leur droit à ce même moment ; il suffit qu'à l'époque de l'exécution ils se trouvent être la propriété et à la disposition de la femme, car quiconque s'oblige, oblige ses biens à venir comme ses biens présents (2092). La distinction faite entre les deux classes de créanciers est donc contraire aux principes élémentaires du droit.

En résumé, la séparation de biens, prononcée sous le régime dotal, modifie notablement, elle aussi, la situation de la femme ; elle lui rend l'exercice de droits importants et une certaine indépendance vis-à-vis de son mari ; mais, à raison des principes particuliers à ce régime, c'est-à-dire à raison de l'inaliénabilité des biens dotaux, cette indépendance, cette liberté d'action est moins large que celle dont jouit la femme jadis commune qui a obtenu un jugement de séparation de biens.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — La physionomie générale de l'incapacité de la femme selon le code.	1
--	---

PREMIÈRE PARTIE

I. — <i>Droit romain.</i> — De la restitution de la dot au cours du mariage.	15
II. — <i>Ancien droit français.</i> — Idée générale de la capacité de la femme judiciairement séparée de biens dans l'ancien droit français.	29

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — De l'influence, sur la capacité de la femme, de la séparation de biens, sous le régime de communauté . . .	45
<i>Section 1.</i> — Des actes que la femme séparée peut faire sans être autorisée.	46
§ 1. — Des actes courants d'administration. . . .	46
Idée générale de la libre administration.	
Elle peut toucher ses revenus et en donner quittance.	
Elle peut donner mandat de les toucher soit à un étranger, soit à son mari.	
Du cas où le mari a joui des biens de sa femme malgré l'opposition de celle-ci.	
La femme peut recevoir ses capitaux et en donner décharge.	
Elle peut donner à bail ses immeubles.	
Le mari ne peut pas critiquer les baux consentis par sa femme.	
§ 2. — Du placement des capitaux	58
Si la femme peut faire, au comptant, des acquisitions soit de meubles, soit d'immeubles.	

Si la femme peut placer ses capitaux en rente viagère.	
§ 3. — Du droit d'aliéner le mobilier	65
a. — Notions générales	65
b. — Applications.	81
Elle peut en principe aliéner ses meubles corporels et ses valeurs, mais non spéculer à la Bourse.	
Elle peut convertir ses titres nominatifs en titres au porteur.	
Elle peut procéder au partage judiciaire.	
Elle peut transiger en matière mobilière.	
Si la femme peut faire une surenchère sans être autorisée.	
§ 4. — Du droit de s'obliger	89
La femme peut s'obliger dans la mesure des besoins de son administration.	
Il n'y a pas corrélation entre le pouvoir d'aliéner le mobilier et le pouvoir de s'obliger.	
Nécessité pour les tiers de s'enquérir du caractère de l'engagement contracté par la femme.	
Les engagements valablement pris par la femme sont exécutoires sur tous ses biens indistinctement.	
<i>Section II. — Des actes que la femme séparée ne peut faire sans être autorisée</i>	<i>101</i>
Ni aliéner ses immeubles, ni les hypothéquer.	
Ni les donner à l'antichrèse.	
Ni transiger sur ses droits immobiliers.	
Ni contracter un engagement théâtral.	
Ni accepter une donation.	
Ni faire le commerce.	
Ni ester en justice.	
<i>Section III. — De la contribution de la femme séparée de biens aux dépenses communes.</i>	<i>117</i>
La femme qui reprend l'administration, reprend aussi la jouissance libre de ses revenus.	
Elle doit contribuer aux charges du mariage.	
Dans quelle mesure ?	
La femme est-elle tenue vis-à-vis des tiers ?	

Peut-elle être autorisée par justice à payer directement
les créanciers ?

CHAPITRE II. — De l'influence, sur la capacité de la femme, de la séparation de biens sous le régime dotal	129
Section I. — De la persistance de la dotalité.	130
De l'inaliénabilité et ses conséquences.	
Section II. — Le caractère du droit d'administration. . . .	147
Ce n'est plus un droit de libre, mais de simple adminis- tration.	
Du droit de transiger sur ses droits dotaux litigieux.	
La femme qui reçoit le remboursement d'une créance est-elle tenue de faire emploi.	
Section III. — De l'exercice des actions dotales et de la jouissance de biens dotaux.	157
§ 1. — Elle ne recouvre la jouissance de ses biens qu'à la condition de contribuer aux charges du ménage. . . .	158
§ 2. — Le droit de disposition de la femme sur les fruits et revenus de la dot et du droit des créanciers sur les fruits	161

Vu :	Vu :
<i>Le Doyen,</i>	<i>Le Président de la thèse,</i>
P. CAUWÈS.	ALBERT WAHL

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

LA ROCHELLE IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER.

